

Priv.-Doz. Dr. Erol Pohlreich*

Die Vereinbarkeit der echten Wahlfeststellung mit dem Grundgesetz

DOI 10.1515/zstw-2016-0024

I. Einleitung

Im Strafverfahren sind Sachverhaltszweifel, das ist selbst dem juristischen Laien bekannt, zugunsten des Angeklagten zu lösen. Diese Gunst kann bis zum Freispruch reichen. Sind etwa aus Sicht des Gerichts mehrere Tatverläufe denkbar und hat sich der Angeklagte bei (wenigstens) einem dieser Verläufe nicht strafbar gemacht, ist er unter Anwendung des Zweifelssatzes freizusprechen. Hat der Angeklagte bei jedem denkbaren Sachverhalt denselben Tatbestand erfüllt, steht etwa zweifelsfrei fest, dass er das Opfer mit HIV infiziert hat, und ist allein offen, bei welcher Gelegenheit, ist er dagegen eindeutig wegen gefährlicher Körperverletzung zu verurteilen, allerdings auf wahldeutiger Tatsachengrundlage¹. Man bezeichnet dies als unechte Wahlfeststellung².

¹ Vgl. *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl. 2014, § 1 Rdn. 60; *Dannecker*, in: *Leipziger Kommentar StGB*, Bd. I, 12. Aufl. 2007, Anh zu § 1 Rdn. 4. Dasselbe gilt, wenn ungewiss ist, welches Merkmal einer Norm oder eines Regelbeispiels verwirklicht ist, weil der Täter dann nicht mit einem Schuldspruch belastet wird, den er möglicherweise nicht verdient hat, ebenso *Ott*, in: *Karlsruher Kommentar StPO*, 7. Aufl. 2013, § 261 Rdn. 69a; *Sander*, in: *Löwe-Rosenberg*, StPO, Bd. VI/2, 26. Aufl. 2012, § 261 Rdn. 139 f.; *Frister*, in: *Nomos Kommentar StGB*, Bd. I, 4. Aufl. 2013, Nachbemerkenungen zu § 2 Rdn. 92 ff.; a. A. BGHSt. 22, 12, 13; *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 1 Rdn. 40; *Dannecker*, a. a. O., Anh Zu § 1 Rdn. 101; *Eser/Hecker*, a. a. O., § 1 Rdn. 82; *Schmitz*, in: *Münchener Kommentar StGB*, Bd. I, 2. Aufl. 2011, Anhang zu § 1 Rdn. 9; vgl. auch *Stuckenberg*, JA 2001, 220, 223. Freilich kann der Angeklagte eindeutig verurteilt werden, wenn bei der Tatrekonstruktion verbleibende Zweifel unter dem Gesichtspunkt des § 264 StPO unerheblich sind; dies ist etwa der Fall, wenn feststeht, dass der Angeklagte sein Opfer zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt zwischen 23:00 und 1:00 Uhr erschlagen hat, vgl. *Stuckenberg*, in: *Kleinknecht/Müller/Reitberger*, StPO, 68. Lfg. 2013, § 261 Rdn. 107; *Velten*, in: *Systematischer Kommentar, StPO*, Bd. V, 4. Aufl. 2012, § 261 Rdn. 98.

² Zur Kritik am Begriff „Wahlfeststellung“ siehe *Willms*, JZ 1962, 628 f.; *Ott*, in: *KK* (Anm. 1), § 261 Rdn. 64; *Sander*, in: *LR StPO* (Anm. 1), § 261 Rdn. 125.

***Kontaktperson:** Erol Pohlreich, Privatdozent und im Wintersemester 2016/2017 Vertreter des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Bei der echten Wahlfeststellung erachtet das Gericht mehrere jeweils strafbare Sachverhaltsvarianten für möglich, die nicht demselben Tatbestand unterfallen. Wenn das Gericht in einem solchen Fall die Strafflosigkeit des Angeklagten ausschließen kann, hat es diesen nach herrschender Auffassung gesetzessalternativ³ zu verurteilen⁴, sofern die in Rede stehenden Tatbestände rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind. Das Paradebeispiel für die echte Wahlfeststellung, die teilweise auch als gesetzessalternative Verurteilung bezeichnet wird, ist eine Verurteilung wegen Diebstahls oder Hehlerei.

Zu unterscheiden ist die echte Wahlfeststellung von der Prä- und der Postpendenz. Anders als bei der Wahlfeststellung sind die Sachverhaltszweifel in den Fällen der Prä- und Postpendenz einseitig. Bei der Präpendenz steht eine frühere Tat fest, ungewiss bleibt nur eine spätere Straftat. Ist das Gericht beispielsweise überzeugt, dass sich der Angeklagte mit einem anderen zum Verbrechen des Mordes verabredet hat, und bleibt die Mordbeteiligung des Angeklagten ungewiss, soll er wegen der sicher feststehenden Verbrechensverabredung verurteilt werden dürfen⁵. Bei der Postpendenz steht dagegen ein späterer Sachverhalt sicher fest, während über einen möglicherweise davor verwirklichten Sachverhalt Unsicherheit besteht⁶. In einem solchen Fall ist der Angeklagte eindeutig wegen des sicher

3 Gesetzesalternativ ist in diesem Zusammenhang nicht wörtlich in dem Sinne zu verstehen, dass es um zwei mögliche Sachverhaltsvarianten, eben echte Alternativen, gehen müsste. Eine zahlenmäßige Begrenzung der Sachverhaltsvarianten beinhaltet das Konzept der echten Wahlfeststellung nicht, vgl. BGHSt. 15, 63; 16, 184, 187.

4 Vgl. statt vieler BGH NSTZ 2014, 42; Eser/Hecker, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 80 f. m. w. N.; Schmitz, in: MK StGB (Anm. 1), Anhang zu § 1 Rdn. 12. Dies erfordert, dass sämtliche Sachverhaltsvarianten angeklagt und vom Eröffnungsbeschluss umfasst sind beziehungsweise dass, wenn sich die Erforderlichkeit einer Wahlfeststellung erst im Laufe der Hauptverhandlung herausstellt, die bisher nicht angeklagte prozessuale Tat im Wege der Nachtragsanklage nach § 266 StPO zur Anklage gebracht wird, vgl. BGH NJW 1955, 1240; Kudlich, JuS 2005, 236; Ott, in: KK (Anm. 1), § 261 Rdn. 64; Dannecker, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 57; Eser/Hecker, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 97; Wolter, in: Systematischer Kommentar StGB, 140. Lfg. 2013, Anhang zu § 55 Rdn. 14. Ein bloßer richterlicher Hinweis reicht dann nicht, vgl. Heger, Strafprozessrecht, 2013, Rdn. 183 m. w. N. Nach einer älteren Rechtsprechung bildeten die von der Wahlfeststellung erfassten Lebenssachverhalte, wenn sie sich auf dasselbe Tatobjekt bezogen, einen einheitlichen Lebensvorgang und damit eine prozessuale Tat, so dass ein rechtlicher Hinweis (§ 265 StPO) auf die Möglichkeit einer echten Wahlfeststellung genügte, vgl. die Nachweise bei Fahl, JuS 1999, 903, 905. Der BGH verneint jedoch etwa bei Diebstahl und Hehlerei die Tatidentität, weil das alleinige Abstellen auf das Tatobjekt unter Umständen sehr weit auseinanderliegende Geschehnisse willkürlich zu einer Einheit verklammern würde, vgl. BGHSt. 35, 60, 64.

5 Vgl. Eser/Hecker, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 62 m. w. N.

6 Schmitz, in: MK StGB (Anm. 1), Anhang zu § 1 Rdn. 33 f.

feststehenden Delikts zu verurteilen⁷. Wenn beispielsweise zur Überzeugung des Gerichts feststeht, dass der Angeklagte Diebesgut veräußerte, und seine Beteiligung am Diebstahl nur möglich erscheint, soll er eindeutig wegen Hehlerei verurteilt werden dürfen. Eine Postpendenzfeststellung scheidet jedoch aus, wenn die in den Sachverhaltsalternativen in Frage kommenden Strafbarkeiten einander rechtlich ausschließen. So muss bei den Alternativen Diebstahl und Hehlerei feststehen, dass der Angeklagte als Hehler die Gegenstände nicht selbst durch Diebstahl erlangt hatte⁸, weil der Dieb kein tauglicher Täter der Hehlerei ist⁹.

Ein weiteres Mittel, das dem Gericht bei Sachverhaltszweifeln eine eindeutige Verurteilung ermöglichen soll, ist die Lehre vom Stufenverhältnis. Besteht hinsichtlich der Strafbarkeiten ein Stufenverhältnis, ist der Angeklagte nicht wahldeutig, sondern in Anwendung des Grundsatzes „in dubio mitius“ eindeutig wegen des für ihn Günstigeren zu verurteilen¹⁰. Besteht zwischen den Straftat-

7 Relative Einigkeit über die Zulässigkeit solchen Vorgehens besteht in Fällen, in denen die in Frage kommenden Straftaten in einem Konkurrenzverhältnis zueinander stehen, vgl. *Joerden*, Logik im Recht, 2. Aufl. 2010, S. 56 ff.; *Küper*, Festschrift für Lange, 1976, S. 65, 72 ff.; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 120 f. m. w. N.; *Frister*, in: NK (Anm. 1), 4. Aufl. 2013, Nachbemerktungen zu § 2 Rdn. 51; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 91 m. w. N.; *Schmitz*, in: MK StGB (Anm. 1), Anhang zu § 1 Rdn. 35. Unzulässig soll dieses Vorgehen dagegen dann sein, wenn die in den Sachverhaltsalternativen in Frage kommenden Tatbestände einander rechtlich ausschließen, *Küper*, a. a. O., S. 65, 79 ff.; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 91; *Gössel*, GA 1990, 318, 320; *Gubitz/Wolters*, NJW 1999, 764 765; *Stuckenberg*, in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 134; *Velten*, in: SK StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 132 f.; *Frister*, in: NK (Anm. 1), Nachbemerktungen zu § 2 Rdn. 51; a. A. *Sander*, in: LR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 131 m. w. N. zum Meinungsstand. In diesem Fall kommt allein eine gesetzesalternative Verurteilung in Betracht, vgl. *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 91. Als Ausnahme hierzu soll eine Postpendenzfeststellung ausnahmsweise dann anständig sein, wenn das Nichtvorliegen der früheren Tat Tatbestandsvoraussetzung für die spätere Tat sei, wenn der tatbestandlichen Voraussetzung also eine „konkurrenzregulierende Funktion“ zukomme, wie dies etwa beim Merkmal „rechtswidrige Tat eines anderen“ im Hehlereitattbestand der Fall sei, so BGHSt. 35, 86; *Küper*, a. a. O., S. 65, 84; *Joerden*, JZ 1988, 847, 851 f.; *ders.*, Logik im Recht, S. 61 f.; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 122 ff. m. w. N.; a. A. *Frister*, in: NK (Anm. 1), Nachbemerktungen zu § 2 Rdn. 53. Dies verdient indessen Kritik, nicht zuletzt weil sich bewusst darüber hinweggesetzt wird, dass der Tatbestand der Hehlerei in Fällen, in denen die Vortatbeteiligung nicht ausgeschlossen werden kann, schlechterdings nicht nachgewiesen ist; ebenso *Schmitz*, in: MK StGB (Anm. 1), Anhang zu § 1 Rdn. 37 f. m. w. N. zur Kritik der Literatur an der Anwendung der Postpendenz in Fällen tatbestandlich vertyppter Konkurrenzregeln; vgl. auch *Gaede*, in: Anwaltskommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 1 Rdn. 46.

8 BGHR StGB vor § 1 Wahlfeststellung, Postpendenz 4.

9 Vgl. *Fischer* (Anm. 1), § 259 Rdn. 30; *Velten*, in: SK StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 133.

10 BGHSt. 11, 100; 22, 154, 156; 31, 136, 137; 36, 262, 268; *Ott*, in: KK (Anm. 1), § 261 Rdn. 65; krit. *Sander*, in: LR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 128.

beständen ein begriffslogisches Stufenverhältnis, sind also die Merkmale des einen Strafgesetzes vollständig im anderen Strafgesetz enthalten – so zum Beispiel im Verhältnis von Grund- und Qualifikationstatbestand –, ist der Angeklagte auf eindeutiger Tatsachengrundlage – hier wegen des Grundtatbestands – zu verurteilen¹¹ und die Strafe dem milderen Gesetz zu entnehmen¹². Die herrschende Meinung vertritt dasselbe für „normativ-ethische Stufenverhältnisse“¹³, also Subsidiaritätsbeziehungen¹⁴ zwischen Delikten¹⁵.

Für die Zulassung der echten Wahlfeststellung wird ins Feld geführt, dass der Freispruch eines Angeklagten, der sich ungeachtet aller Unklarheiten über das Einzelne erwiesenermaßen strafbar gemacht habe, ungerecht wäre, weil einem solchen Freispruch sowohl general- als auch spezialpräventive Erwägungen sowie das Gebot materieller Gerechtigkeit entgegenstünden¹⁶. Solche Freisprüche erschütterten das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtspflege, störten den Rechtsfrieden und könnten den Freigesprochenen dazu verleiten, weitere Straftaten zu begehen. Es widerstrebe dem Gerechtigkeitsempfinden, einen zweifellos Schuldigen freizusprechen¹⁷. Liefße man die echte Wahlfeststellung nicht zu, würde mancher Richter dazu neigen, verbleibende Zweifel zur Vermeidung ungerecht empfundener Freisprüche zu unterschlagen, an der „Sachverhaltsschrau-

11 BGHSt. 11, 100; 15, 63, 65f.; 22, 254, 156f.; 31, 136, 137ff.; *Otto*, Festschrift für Peters, 1974, S. 373, 375ff.; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 88; *Frister*, in: NK (Anm. 1), Nachbemerktungen zu § 2 Rdn. 17, 30ff.; *Stuckenberg*, in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 113; *Schmitz*, in: MK StGB (Anm. 1), Anhang zu § 1 Rdn. 15ff.; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 58; *Wolter*, Wahlfeststellungen und in dubio pro reo, 1987, S. 44f.

12 BGH NJW 1983, 405; *Frister*, in: NK (Anm. 1), Nachbemerktungen zu § 2 Rdn. 17; *Sander*, in: LR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 129; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 58.

13 Der Begriff geht auf *Siever*, Das Verhältnis der wahldeutigen Feststellung zu dem Grundsatz „in dubio pro reo“, 1950, S. 45ff., zurück, der hinter diesem Konzept stehende Grundgedanke auf *Klatte*, Die Wahlfeststellung (§§ 2b StGB und 267b StPO), 1937, S. 27f.

14 *Stuckenberg*, in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 125.

15 BGHSt. 23, 203, 206; 31, 136, 137; 32, 48, 56f.; 46, 85, 87; *Otto*, Festschrift für Peters, S. 373, 377f.; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 85ff.; *Schmitz*, in: MK StGB (Anm. 1), Anhang zu § 1 Rdn. 26ff.; *Wolter*, in: SK StGB (Anm. 3), Anh. zu § 55 Rdn. 20ff.; *Gaede*, in: AK StGB (Anm. 7), § 1 Rn 44; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 1 Rdn. 10ff.; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 58; *Sander*, in: LR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 133ff.; krit. *Frister*, in: NK (Anm. 1), Nachbemerktungen zu § 2 Rdn. 25ff.

16 *Günther*, Verurteilungen im Strafprozeß trotz subsumptionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 130ff., 164ff.; *Wolter*, in: SK StGB (Anm. 3), Anh. zu § 55 Rdn. 5d; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 10. Vgl. auch den Beschluss des 5. Strafsenats des BGH im Divergenzvorlageverfahren (NSTZ-RR 2014, 307f.).

17 *Beulke/Fahl*, Jura 1998, 262, 265; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 67; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 10; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2015 Rdn. 1122.

be“ so lange zu drehen, bis der Sachverhalt zu einem Straftatbestand passt, und insofern unter Verschleierung seiner Zweifel „eindeutige Feststellungen“ zu treffen¹⁸. Im Übrigen beschwöre ein dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung tragendes Strafrecht Wahlfeststellungssituationen geradezu herauf¹⁹.

Mit Beschluss aus dem Jahr 2014 fragte der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs bei den anderen Strafsenaten an, ob sie an der bisherigen Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Gesetzesalternativen Verurteilung festhalten²⁰. Die echte Wahlfeststellung verstoße gegen Art. 103 Abs. 2 GG²¹. Es fehle an einer gesetzlichen Grundlage hierfür, obwohl es einer solchen wegen des strengen Gesetzesvorbehalts in Art. 103 Abs. 2 GG bedürfe. Nachdem alle anderen Strafsenate der Auffassung des 2. Strafsenats entgegengetreten sind²², hat der 2. Strafsenat mit Beschluss aus dem Jahr 2015 dem Großen Senat für Strafsachen die Frage vorgelegt, ob die Rechtsfigur der echten Wahlfeststellung, insbesondere bei einer Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei, mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sei²³. Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden. War auch das Scheitern der Divergenzvorlage zu jener Zeit angesichts des starken Gegenwinds von Seiten der anderen Strafsenate mit einiger Gewissheit absehbar, bleibt doch zu bedauern, dass der 2. Strafsenat mit Beschluss vom 9. August 2016 seine Vorlage zurücknahm²⁴, denn auch wenn viele seiner im Vorlageverfahren geäußerten Argumente nicht den Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 2 GG berühren, nimmt der fehlende Bezug zu diesem Recht den in der Vorlage angeführten Argumenten nicht unbedingt ihre Durchschlagskraft, wenn man sie stattdessen auf andere einfach- und verfassungsrechtliche Prinzipien stützt²⁵. Auch für das

18 Tröndle, in: Leipziger Kommentar, StGB, Bd. I, 10. Aufl. 1985, § 1 Rdn. 63; Freund, Festschrift für Wolter, 2013, S. 35, 55; so auch Dannecker, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 11; Günther, Tatsachenzweifel (Anm. 16), S. 165, 180, 182f.; Montenbruck, Wahlfeststellung und Werttypus im Strafrecht und Strafprozessrecht, 1976, S. 195f.

19 Hruschka, MDR 1967, 265, 267; Otto, Festschrift für Peters, S. 373, 388; Schulz, JuS 1974, 635, 639; Dannecker, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 12.

20 BGH NStZ 2014, 392 m. Anm. Frister, StV 2014, 584; von Heintschel-Heinegg, JA 2014, 710; Jahn, JuS 2014, 753; Bauer, wistra 2014, 475; Stuckenberg, ZIS 2014, 461; Kröpil, JR 2015, 116.

21 BGH NStZ 2014, 392, 394.

22 Vgl. BGH NStZ-RR 2014, 308 (Beschluss des 1. Strafsenats); NStZ-RR 2015, 39 (Beschluss des 3. Strafsenats); NStZ-RR 2015, 40 (Beschluss des 4. Strafsenats); NStZ-RR 2014, 307 (Beschluss des 5. Strafsenats).

23 BGH StV 2016, 212.

24 BGH NJW-Spezial 2016, 601.

25 Zur Diskussion der Vereinbarkeit der echten Wahlfeststellung mit den Strafzwecken siehe Jakobs, GA 1971, 257, 269; Stuckenberg, JA 2001, 220, 222; Haas, HRRS 2016, 190, 195 m. w. N.; Wagner, ZJS 2014, 438, 443; Otto, Festschrift für Peters, S. 373, 385f.; Ceffinato, JA 2014, 655, 664;

Verfassungsbeschwerdeverfahren ist anerkannt, dass die fehlerhafte Grundrechtsbezeichnung der Zulässigkeit der hierauf gestützten Rügen nicht schadet, solange klar ist, welche Grundrechtsverletzung der Sache nach gerügt wird²⁶. Und die Argumente für ein solches Verfassungsbeschwerdeverfahren hat der 2. Strafsenat im Vorlageverfahren ja den Gesetzesalternativ Verurteilten geradezu auf dem Silbertablett serviert. Der Blick über den „Tellerrand“ des Art. 103 Abs. 2 GG wird sichtbar machen, dass der 2. Strafsenat in vielen Punkten in der Sache recht hat: Das Institut der echten Wahlfeststellung lässt sich mit der Verfassung nicht vereinbaren.

Zuvor sei aber ein Abriss der Entwicklungsgeschichte der echten Wahlfeststellung erlaubt.

II. Historie

Die echte Wahlfeststellung beruht auf Richterrecht und verdankt ihre Karriere, wie das Reichsgericht selbst in der grundlegenden Entscheidung der Vereinigten Strafsenate aus dem Jahr 1934²⁷ deutlich aussprach, dem allgemeinen Rechtsempfinden. Bis dahin hatte das Reichsgericht nur die unechte Wahlfeststellung für angängig erachtet²⁸. Die Gesetzesalternative Verurteilung sei demgegenüber unzulässig, weil die Verhängung von Strafe mit Blick auf den Grundsatz „nullum crimen sine lege“ den sicheren Nachweis einer bestimmten im Gesetz mit Strafe bedrohten Handlung voraussetze²⁹. Das blieb nicht ohne Widerspruch³⁰. Unter den Befürwortern der echten Wahlfeststellung ragte der im Jahr 1868 geborene *Alois Zeiler* hervor³¹, der in insgesamt sieben Aufsätzen für eine uneingeschränkte Zulassung der echten Wahlfeststellung votierte³². Dass *Zeiler* seit 1919 dem 1. Strafsenat des Reichsgerichts angehör-

Velten, in: SK StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 104; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 68; *Frister*, in: NK (Anm. 1), Nachbemerkenungen zu § 2 Rdn. 78 ff.

²⁶ Vgl. BVerfGE 92, 158, 175; 115, 166, 180; 130, 76, 110; BVerfGE (K) 2, 275, 277.

²⁷ RGSt. 68, 257, 262.

²⁸ RGSt. 55, 44.

²⁹ RGSt. 22, 213, 216; vgl. auch RGSt. 53, 231, 232 m. w. N.

³⁰ Vgl. etwa die Forderung des Deutschen Richtertags aus dem Jahr 1913 nach einer Zulassung der echten Wahlfeststellung, DRiZ 1913, Sp. 812.

³¹ *Pauli*, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 1992, S. 50.

³² DRiZ 1914, Sp. 521 und 569; ZStW 40 (1918), S. 168; 42 (1921), S. 665; 43, (1922), S. 596; 64 (1952), S. 156; 72 (1960), S. 4; JW 1938, 149.

te³³, änderte dort nichts an der ablehnenden Haltung gegenüber einer solchen Zulassung – bis zum Jahr 1934.

In diesem Jahr geschah etwas Kurioses. In einer in der Juristischen Wochenschrift abgedruckten Entscheidung des 1. Strafsenats, die klar die Handschrift *Zeilers* trägt³⁴, erklärte der Senat die echte Wahlfeststellung in den Grenzen des § 264 RStPO für unbeschränkt zulässig. Weil es häufig vorkomme, dass der Strafrichter durch die bisherige Rechtsprechung „vor die schlimme Wahl gestellt wird, entweder einen offenkundigen Verbrecher freizusprechen oder zu der vom Rechtsgefühl geforderten Verurteilung auf einem ungeraden Weg zu gelangen“, sei von der bisherigen Rechtsprechungslinie des Reichsgerichts abzurücken³⁵, die ohnehin auf einer „Übersteigerung des Rechtsstaatsgedankens und der damit zusammenhängenden Überbetonung des Schutzes des Angeklagten“ beruhe³⁶:

„Jeder, der sich eines mit Strafe bedrohten Bruches der Rechtsordnung schuldig gemacht hat, soll nach Möglichkeit zur Strafe gezogen werden. Steht sicher fest, daß er die Rechtsordnung in einer mit Strafe bedrohten Weise gebrochen hat, und herrschen nur Zweifel darüber, welcher gesetzliche Tatbestand erfüllt ist, dann soll ihn wenigstens die Strafe treffen, die er zum mindesten verdient hat. Dies erfordert das Bedürfnis nach dem Schutze des Volkes und der Volksgenossen vor Rechtsverletzungen. Andererseits soll durch die verfahrensrechtlichen Vorschr. die Verurteilung eines Unschuldigen nach Möglichkeit vermieden werden [...]. Beide Zwecke müssen bei der Auslegung der einzelnen Vorschr. im Auge behalten werden. Es geht insbes. nicht an, die dem Schutz des Angekl. dienende Vorschr. ohne Not in überängstlicher Weise derart auszulegen, daß darunter die allgemeine Rechtssicherheit leidet.“³⁷

In der Zulassung der echten Wahlfeststellung liege kein Verstoß gegen den Grundsatz *nullum crimen sine lege*, weil diesem nicht zu entnehmen sei, dass Strafe nur dann verhängt werden dürfe, wenn ein bestimmtes Strafgesetz erfüllt sei³⁸. Den vom Grundsatz *nulla poena sine lege* erfassten Bestimmtheitsanforderungen hinsichtlich des Strafrahmens werde Genüge getan, wenn entsprechend § 2 Abs. 2 RStGB, der auf dem Grundsatz *in dubio pro reo* beruhe, dasjenige Strafgesetz angewendet werde, das für den Einzelfall die mildeste Verurteilung zulasse³⁹. Vom gegenteiligen reichsgerichtlichen Standpunkt könne abgewichen werden, nachdem der 2. und der 3. Strafsenat erklärt hätten, nicht an ihrer

³³ *Pauli* (Anm. 30), S. 50.

³⁴ *Pauli* (Anm. 30), S. 51.

³⁵ RG JW 1934, 294, 295.

³⁶ RG JW 1934, 294, 299.

³⁷ RG JW 1934, 294, 299.

³⁸ RG JW 1934, 294, 298 f.

³⁹ RG JW 1934, 294, 299.

bisherigen Rechtsprechung festhalten zu wollen, und weil die übrigen Strafsenate neu gebildet worden seien, so dass ihre Rechtsprechung den 1. Strafsenat nicht binde, zumal die neuen Senate sich ohnehin mit dem Problem der Wahlfeststellung noch nicht befasst hätten⁴⁰.

Tatsächlich handelte es sich bei diesem Text nur um einen Urteilsentwurf, der, wie *Freiesleben*, der damalige Präsident des 1. Strafsenats, in der folgenden Ausgabe der Juristischen Wochenschrift erklärte, nur „durch ein bedauerliches Versehen“ an die Öffentlichkeit gelangt sei⁴¹. Entgegen dahingehender Ausführungen im Entwurf scheint unter den Strafsenaten durchaus keine Einigkeit in der Frage geherrscht zu haben, dass die echte Wahlfeststellung zuzulassen sei, weil der 1. Strafsenat den Vereinigten Strafsenaten die Frage vorlegte, ob wie im Entwurf tenoriert entschieden werden könne. Es erscheint fraglich, ob die Vereinigten Strafsenate sich ungeachtet der Veröffentlichung des Entwurfs frei vom Druck der Fachöffentlichkeit, die sich – ganz im Sinne des „neuen Rechtsdenkens“ – dem Paradigmenwechsel vom Grundsatz „nulla poena sine lege“ hin zur Maxime „nullum crimen sine poena“⁴² verschrieben hatte, mit der Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung unbefangen befassen konnten⁴³. In den Plenumsberatungen stellte sich allmählich heraus, dass die echte Wahlfeststellung nicht allgemein zulassen werde, indes stellte „ein mitwirkender Richter“ einen Hilfsantrag dahin, die echte Wahlfeststellung wenigstens für Diebstahl und Hehlerei für zulässig zu erklären⁴⁴. Bei diesem Richter handelte es sich, wie *Zeiler* in einem späteren Aufsatz in bemerkenswerter Unbekümmertheit offenlegte, um *Niethammer*, der zur Begründung seines Hilfsantrags auf das Dictum verwiesen hatte, wonach der Fehler nicht besser sei als der Stehler⁴⁵.

⁴⁰ RG JW 1934, 294, 300.

⁴¹ *Freiesleben*, JW 1934, 366.

⁴² Vgl. *Carl Schmitt*, JW 1934, 713, 714. Obwohl der Grundsatz „nulla poena sine lege“ in Art. 116 WRV auch in nationalsozialistischer Zeit verfassungskräftig geschützt war, gingen einige Autoren davon aus, „daß dieser Grundsatz auch ohne förmliche Aufhebung des Art. 116 [WRV] aufgehört hat, einen Bestandteil der Verfassung als Grundordnung des völkischen Lebens zu bilden.“, vgl. *Dahm*, Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht, 1935, S. 12; *Strobach*, Die Wahlfeststellung im Strafverfahren nach der Novelle vom 28. Juni 1935, 1937, S. 5: „Der Satz ‚nulla poena sine lege‘ aber hat nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung an Bedeutung verloren, da heute nicht mehr die Verbürgung der Freiheit des Einzelnen gegen Willkürakte des Staates, sondern der Schutz der Volksgemeinschaft gegen Angriffe des Rechtsbrechers Sinn und Zweck der Strafrechtspflege ist.“; vgl. ähnlich *Henkel*, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, 1934, S. 54, der von einem „Außerkräfttreten der Weimarer Verfassung“ spricht.

⁴³ *Norouzi*, HRRS 2016, 285, 290 f. Fn. 53.

⁴⁴ Vgl. RGSt. 68, 257, 258.

⁴⁵ *Zeiler*, ZStW 72 (1960), S. 4, 14.

Bekanntlich ließen die Vereinigten Strafsenate die echte Wahlfeststellung letztlich allein für die Alternative Diebstahl und Hehlerei zu. Zwar belaste eine gesetzesalternative Verurteilung den Angeklagten „zu Unrecht mit einem öffentlich bescheinigten Verdacht“, wobei die „Ungerechtigkeit“ solchen Vorgehens sich da besonders aufdränge, wo mehrere Verfehlungen, die eine verschiedene seelische Verfassung des Täters voraussetzten und ihm eine verschiedene sittliche Bewertung zuzögen, in die Wahl aufgenommen würden. Deshalb sei daran gelegen, dass gerichtliche Entscheidungen, „die sich als unsichere, schwankende Erklärungen kennzeichnen, im Strafverfahren nicht weiter um sich greifen, als ein zwingendes Bedürfnis es verlangt.“⁴⁶ Fälle, in denen Gerichte trotz Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnismittel nicht feststellen könnten, ob der Angeklagte Diebesgut als Dieb oder als Hehler an sich gebracht habe, bildeten, wenn die Gerichte hier freisprächen, „einen allgemeinen Mißstand, der Abhilfe erheischt. [...] Die mißlichen Folgen, die zu erwarten wären, wenn dem Verlangen nach unbeschränkter Zulassung wahlweise getroffener Feststellungen stattgegeben würde, sind bei der Zulassung der Verurteilung wegen Diebstahls oder Hehlerei allerdings nicht völlig ausgeschlossen. Doch ist mit ihr weder eine schwere Gefahr für die Urteilsfindung noch eine ernste Einbuße in der Urteilswirkung verknüpft.“ Eine gesetzesalternative Verurteilung wegen Diebstahls oder Hehlerei trage insbesondere dem allgemeinen Rechtsempfinden insofern Rechnung, als dieses der Tat des Hehlers dieselbe sittliche Missbilligung angedeihen lasse wie der des Diebes⁴⁷.

Im Jahr 1935 wurde die echte Wahlfeststellung in demselben Gesetz⁴⁸ geregelt, mit dem das strafrechtliche Analogieverbot aufgehoben wurde mit dem Zweck, im Namen des „gesunden Volksempfindens“ der „Materialisierung“ des Strafrechts Vorschub zu leisten und der „Einhegung staatlicher Strafgewalt durch formale Schutzregeln ein Ende zu setzen“⁴⁹. Fortan war die echte Wahlfeststellung in § 2b RStGB gesetzlich niedergelegt⁵⁰. Im selben Jahr ergänzte der Gesetzgeber diese Vorschrift prozessrechtlich durch § 267 b RStPO⁵¹.

⁴⁶ RGSt. 68, 257, 261.

⁴⁷ RGSt. 68, 257, 262.

⁴⁸ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935, RGBl. I S. 839.

⁴⁹ Hierzu *Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, 2004, S 61 ff.; *Wagner*, ZJS 2014, 436, 440; *Haas*, HRRS 2016, 190, 196.

⁵⁰ § 2b RStGB lautete:

„Steht fest, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem milderen Gesetz zu bestrafen.“

⁵¹ Eingeführt durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28. Juni 1935, RGBl. I S. 844. § 267 b RStPO lautete:

Die echte Wahlfeststellung war also nunmehr allgemein zulässig und nicht nur bei Alternativität von Diebstahl und Hehlerei. Auf die von den Vereinigten Strafsenaten vorgenommene Begrenzung der echten Wahlfeststellung auf diese Tatbestände fühlten sich ohnehin nicht alle Strafsenate beschränkt. In einem Urteil aus dem Jahr 1935 bejahte der 1. Strafsenat die Zulässigkeit einer echten Wahlfeststellung wegen Betrugs oder versuchten Schwangerschaftsabbruchs bei einer Tat, auf die § 2b RStGB in zeitlicher Hinsicht noch keine Anwendung fand⁵². Auch der 6. Strafsenat nahm in einem Fall, auf den § 2b RStGB in zeitlicher Hinsicht nicht anwendbar war, die Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung im Alternativverhältnis zwischen Vollrausch (§ 330 a RStGB a. F.) und grobem Unfug (§ 360 Abs. 1 Nr. 11 RStGB a. F.) an⁵³.

Nach Ende des Zweiten Weltkriegs hob der Alliierte Kontrollrat § 2b RStGB und § 267 b RStPO als typisch nationalsozialistisches Recht auf⁵⁴. Seither ist die echte Wahlfeststellung gesetzlich nicht geregelt. Dessen ungeachtet sah der BGH sich nicht an der Zulassung der echten Wahlfeststellung gehindert und rekurrierte hierzu auf die Entscheidung der Vereinigten Strafsenate⁵⁵. Er erkannte die Zulässigkeit der gesetzeshen alternativen Verurteilung zunächst nur für die Alternative von Diebstahl und Hehlerei an⁵⁶, dehnte ihren Anwendungsbereich bald aber auf

„Trifft das Gericht eine Wahlfeststellung (§ 2b des Strafgesetzbuchs), so ist der Angeklagte in der Formel nur der Verletzung des anzuwendenden Strafgesetzes schuldig zu sprechen.

Die Urteilsgründe müssen angeben, welche Gesetze als verletzt in Betracht kommen. Die Tatsachen, die den Verstoß ergeben, sind festzustellen; es ist darzutun, weshalb eine eindeutige Feststellung nicht möglich ist.

Sieht das Gericht entgegen einem in der Hauptverhandlung gestellten Antrage von einer Wahlfeststellung ab, so müssen die Gründe dafür dargelegt werden.“

52 RGSt. 69, 369, 370 f. Dem Urteil lag der Fall einer Angeklagten zugrunde, die mit einer damals schwangeren Frau vereinbart hatte, gegen Entgelt einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen. Das Vordergericht hielt es für möglich, dass die Angeklagte tatsächlich einen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen hatte. Da die Angeklagte sich allerdings dahingehend eingelassen habe, dass sie den Eingriff nur vorgetäuscht habe, um das vereinbarte Entgelt verlangen zu können, hatte das Vordergericht die Angeklagte wegen Betruges verurteilt. Der Senat verwies zur Begründung seiner Auffassung auf die Gründe des versehentlich veröffentlichten Urteilsentwurfs aus dem Jahre 1934 und darauf, dass auch der Beschluss der Vereinigten Strafsenate im Grundsatz darauf beruhe, dass das damalige Recht die Zulassung der echten Wahlfeststellung nicht hindere, und die Beschränkung dieser Zulassung allein auf „Erwägungen der Zweckmäßigkeit“ gestützt habe, RGSt. 69, 269, 371.

53 RGSt. 70, 42.

54 Art. I des Gesetzes des Alliierten Kontrollrats für Deutschland Nr. 11 vom 30. Januar 1946, KontrRBl. S. 55; vgl. hierzu *Etzel*, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945–1948), 1992, S. 83 ff.

55 BGHSt. 1, 275, 276; 9, 390, 392 ff.

56 BGHSt. 1, 302, 304; 1, 327, 328; 4, 128, 129; 12, 386, 388.

andere Fallgestaltungen aus⁵⁷. Allerdings machte er die Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der jeweiligen Tatbestände abhängig⁵⁸.

Da der Gesetzgeber mit dem Änderungsgesetz vom 28. Juni 1935 das Strafrecht materialisieren und den die Strafjustiz beschränkenden formalen Schutzregeln ein Ende bereiten wollte, wird man in § 2b RStGB, der durch dieses Änderungsgesetz eingeführt wurde, typisch nationalsozialistisches Denken erkennen dürfen⁵⁹. Eine andere Frage ist, ob sich dies vom Institut der echten Wahlfeststellung selbst sagen lässt. *Stuckenberg* verneint nationalsozialistische Züge der echten Wahlfeststellung, weil diese auch außerhalb der nationalsozialistischen Ideologie plausibel sei, zumal schon seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Zulassung der gesetzesalternativen Verurteilung aus den Reihen der Richterschaft und der Lehre gefordert worden sei⁶⁰. Zur Einstufung als nationalsozialistisches Unrecht genüge auch nicht der Hinweis, dass die Zulassung der gesetzesalternativen Verurteilung die Durchsetzung materieller Gerechtigkeit fördern solle, zumal schon der sächsische Gesetzgeber von 1868 die Zulässigkeit alternativer Fragen an die Geschworenen mit dieser Erwägung begründet habe und die materielle Gerechtigkeit grundgesetzlich als Teil des Rechtsstaatsprinzips verbürgt sei. Entscheidend sei vielmehr, was man unter materieller Gerechtigkeit verstehe. Zwar weise das zu § 2b RStGB veröffentlichte Schrifttum nationalsozialistische Züge auf, aber keineswegs die Rechtsfigur

57 Etwa auf Raub oder räuberische Erpressung (BGHSt. 5, 280, 281), Diebstahl oder Begünstigung (BGHSt. 23, 360 f.) und Betrug oder Hehlerei (BGH NJW 1974, 804, 805).

58 BGHSt. 1, 275, 278. Die einer Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH zugrunde liegende Auffassung, auf das Vergleichbarkeitskriterium komme es für die Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung nicht an (BGHSt. 4, 340), ist in der Karlsruher Judikatur vereinzelt geblieben (so auch BGHSt. 9, 390, 393: „[Sie] steht allein und bedarf [...] keiner näheren Erörterung.“). Teilweise wird die Auffassung vertreten, schon der Beschluss der Vereinigten Strafsenate laufe auf das Erfordernis der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit hinaus, vgl. *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972, S. 21; *ders.* Wahlfeststellungen (Anm. 12), S. 25. Tatsächlich gibt der Beschluss für diese Annahme allerdings, wie *Günther*, Tatsachenzweifel (Anm. 16), S. 107 f., zutreffend herausgearbeitet hat, nichts her; so auch *Pauli* (Anm. 30), S. 61 f., der darauf hinweist, dass *Niethammer*, der damalige Berichterstatter im Plenarverfahren vor dem Reichsgericht und damit Verfasser des Plenarbeschlusses, in seiner Kommentierung zu § 2b im *Olshausen*'schen Kommentar keine Vergleichbarkeit der Tatbestände gefordert, sondern die Wahlfeststellung nur als besonders schwierig und verantwortungsvoll bezeichnet habe, wenn Tatbestände von verschiedener sittlicher und rechtlicher Bedeutung in Rede stünden.

59 *Norouzi*, JuS 2008, 17, 18; *Wagner*, ZJS 2014, 436, 440; *Haas*, HRRS 2016, 190, 196.

60 *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461, 465 m. w. N.

selbst, für die es auch in anderen Rechtsordnungen – *Stuckenberg* nennt den Indian Penal Code – Beispiele gebe⁶¹.

Im Grundsatz ist *Stuckenberg* zuzustimmen. Mit einem Hinweis auf die vernationalsozialistische Rechtsgeschichte und fremde Rechtsordnungen lässt sich der nationalsozialistische Gehalt jedoch nicht widerlegen. Beispielsweise konnte die nationalsozialistische Euthanasiepolitik unter anderem auf *Bindings* und *Hoches* Vorarbeiten aus der Zeit der Weimarer Republik⁶² rekurrieren, ohne dass diese Politik allein hierdurch ihren wohl kaum zu leugnenden typisch nationalsozialistischen Gehalt verlöre. Im Übrigen: Ist der Rassenwahn des Dritten Reiches weniger nationalsozialistisch, wenn auch andere Staaten in ihrer Geschichte dem Rassenwahn verfallen sind? Und macht der Hass auf alles Jüdische in vernationalsozialistischer Zeit den Antisemitismus des Dritten Reiches weniger nationalsozialistisch? Gleichwohl wird man den Vertretern der echten Wahlfeststellung kaum nachsagen dürfen, im Geiste – und sei es auch nur im Rahmen dieser Anerkennung – nationalsozialistisch zu sein, zumal das hinter der echten Wahlfeststellung stehende Gerechtigkeitskonzept mit Inkrafttreten des Grundgesetzes einen fundamentalen Bedeutungswandel erfahren hat. Wenn das Bundesverfassungsgericht etwa betont, dass der Rechtsstaat sich nur verwirklichen kann, wenn sichergestellt ist, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden⁶³, wird deutlich, dass der grundgesetzliche Gerechtigkeitsbegriff sich – anders als der nationalsozialistische – nicht ohne Anknüpfung an gesetzliche Maßstäbe denken lässt.

Freilich ist das Grundproblem der echten Wahlfeststellung, dass es hierfür keine gesetzlichen Maßstäbe gibt und dass mit ihr insofern im Rechtsstaat des Grundgesetzes der Gerechtigkeit – jedenfalls nach grundgesetzlichem Begriffsverständnis – gar nicht zum Durchbruch verholfen werden kann. Die Bundesregierung hob in ihrem Entwurf des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes hervor, § 2b RStGB sei keine typisch nationalsozialistische Regelung gewesen. Die Klärung der Frage, wie die Grenzen der Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung zu ziehen seien, könne der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen

⁶¹ *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461, 466 m. w. N. Zur Diskussion um die echten Wahlfeststellungen in ausländischen Rechtsordnungen siehe *Endruweit*, Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung, der Identitätsbestimmung, der Urteilssyllogistik sowie der sozialen und personalen Gleichwertigkeit von Straftaten, 1973, S. 312 ff.

⁶² *Binding/Hoche*, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens: ihr Mass und ihre Form, 1920.

⁶³ BVerfGE 33, 367, 383; 46, 214, 222; 122, 248, 272; 130, 1, 26; 133, 168, 199.

werden⁶⁴ War die Rechtsprechung angesichts dessen völlig frei in der Frage der Zulassung der echten Wahlfeststellung?

III. Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung

Nach Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Der Gesetzgeber soll dem Bürger vor Augen stellen, was strafbar ist und was nicht, damit dieser sein Verhalten daran orientieren kann⁶⁵. Das Grundrecht beinhaltet über ein striktes Bestimmtheitsgebot für die Gesetzgebung hinaus ein hiermit korrespondierendes, an die dritte Gewalt gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie⁶⁶. „Analogie“ ist nicht im technischen Sinn zu verstehen, sondern schließt in diesem Zusammenhang jede Rechtsanwendung aus, die tatbestandsausweitend über den Inhalt einer Strafnorm hinausgeht, wobei der Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation aus Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist⁶⁷. Darüber hinaus verwehrt Art. 103 Abs. 2 GG es dem Gericht, durch eine fernliegende und konturenlose Auslegung bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen. Umgekehrt muss die dritte Gewalt nach Möglichkeit Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung ausräumen⁶⁸.

Geltung beansprucht Art. 103 Abs. 2 GG allerdings nur für den Bereich der Strafbarkeit, nicht aber für den Bereich des Strafverfahrensrechts⁶⁹, in dem sich Anforderungen an Normenklarheit und Normenbestimmtheit aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben⁷⁰. Art. 103 Abs. 2 GG ist also nur auf Strafen anwendbar, das heißt auf missbilligende Übelszufügungen, die dem Schuldausgleich dienen.

⁶⁴ BT-Drucks. I/3713 S. 19.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 32, 346, 362; 95, 96, 131; 109, 133, 172.

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 14, 174, 185; 73, 206, 234; 75, 329, 340; 126, 170, 194; 130, 1, 43; Schmidt-Aßmann, in: *Maunz/Dürig*, GG, 30. Lfg. 1992, Art. 103 Abs. 2 Rdn. 23; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 103 II Rdn. 47; Schmahl, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 103 Rdn. 70; Degenhart, in: *Sachs*, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 103 Rdn. 69.

⁶⁷ BVerfGE 130, 1, 43 m. w. N.; Degenhart, in: *Sachs* (Anm. 65), Art. 103 Rdn. 69.

⁶⁸ BVerfGE 126, 170, 198.

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 25, 269, 286 f.; 63, 343, 359; 112, 304, 315.

⁷⁰ BVerfGE 112, 304, 315.

Die Eingriffsschwere ist demgegenüber kein Merkmal, das Strafe in spezifischer Weise kennzeichnet⁷¹.

Für die Frage der Anwendbarkeit des Grundrechts aus Art. 103 Abs. 2 GG ist bei der echten Wahlfeststellung zwischen unterschiedlichen Aspekten zu unterscheiden, weil das Institut sowohl prozessuale als auch materiellrechtliche Aspekte in sich vereint, es sich mithin um ein gemischtes Institut handelt⁷². Soweit etwa die echte Wahlfeststellung über den Schuld- und Strafanspruch in Abgrenzung zum Freispruch entscheidet⁷³ und diese Frage davon abhängt, dass die in Rede stehenden Delikte rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind, handelt es sich, wie der 2. Strafsenat im Divergenzvorlageverfahren zutreffend ausführte, um ein materiellrechtliches Kriterium, das – zumindest auch – am Grundrecht aus Art. 103 Abs. 2 GG zu messen ist⁷⁴. Zudem wird ein Verstoß gegen den Zweifelssatz im Revisionsverfahren auf die Sachrüge hin geprüft und nicht auf die Verfahrensrüge⁷⁵. Zugleich weist die echte Wahlfeststellung aber auch prozessuale Aspekte auf, weil es bei ihr darum geht, wie das Gericht in einer bestimmten prozessualen Situation zu reagieren habe⁷⁶.

71 BVerfGE 109, 133, 167, 175; Bezugnahme in BVerfGE 110, 1, 14; 117, 71, 110; 131, 268, 306; 134, 33, 81.

72 So auch *Wolter*, in: SK StGB (Anm. 3), Anh. zu § 55 Rdn. 5a; *ders.*, Alternative (Anm. 57), S. 38 ff., 45 ff.; *ders.*, GA 2013, S. 271, 273; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 68; *Gaede*, in: AK StGB (Anm. 7), § 1 Rdn. 47; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 19.

73 Hierauf hob der 2. Strafsenat in seiner Divergenzvorlageentscheidung ab, vgl. BGH StV 2016, 212, 216.

74 BGH NStZ 2014, 392, 394 f. m. w. N.; StV 2016, 212, 216; *Wagner*, ZJW 2014, 436, 441; vgl. auch *Endruweit*, Wahlfeststellung (Anm. 60), S. 251 ff.; *Freund*, Festschrift für *Wolter*, S. 35, 49; *Gaede*, in: AK StGB (Anm. 7), § 1 Rdn. 51. Die gegenteilige Auffassung *Stuckenberg*s (ZIS 2014, 461, 470) überzeugt nicht. *Stuckenberg* meint, die dem Vergleichbarkeitskriterium zugrunde liegende Bezugnahme auf materielles Strafrecht ändere nichts am prozessualen Charakter der gesetzessalternativen Verurteilung, weil prozessuale Normen wie etwa die Bestimmungen zur Gerichtszuständigkeit trotz dortiger Bezugnahme auf materielles Strafrecht immer noch prozessuale Normen blieben und ein Richter ebenso wenig Mathematiker werde, nur weil er bei der Gesamtstrafenbildung Grundrechenarten anwende; im Übrigen müsse dann die unbeschränkte Wahlfeststellung mangels Abhängigkeit von materiellrechtlichen Vorfragen prozessualer Natur und § 2 b StGB „fehlplatziert“ gewesen sein. Dem ist zu widersprechen. Während die Gerichtszuständigkeit die Strafbarkeit des Einzelnen unberührt lässt, hängt die gesetzessalternative Verurteilung des Angeklagten, das heißt die gerichtliche Entscheidung über die Verhängung von Strafe, maßgeblich von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Straftaten ab (vgl. auch *Wagner*, ZJS 2014, 436, 441; *Kröpil*, JR 2015, 116, 121; *Haas*, HRRS 2016, 190, 191; *Fischer* [Anm. 1], § 1 Rdn. 40). Ob § 2 b RStGB „fehlplatziert“ gewesen ist, kann mangels Maßgeblichkeit dieser Vorschrift dahinstehen.

75 *Haas*, HRRS 2016, 190, 191 m. w. N.

76 Für eine auf diesen Aspekt gestützte Einordnung als rein prozessrechtliches Institut BGH NStZ-RR 2014, 308 (1. Strafsenat); NStZ-RR 2015, 39 (3. Strafsenat); NStZ-RR 2014, 307 (5. Straf-

Bei der Diskussion der Vereinbarkeit der Gesetzesalternativen Verurteilung mit Art. 103 Abs. 2 GG erscheint es sinnvoll, die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen säuberlich voneinander zu trennen. Zum einen stellt sich die Frage, ob das Gericht in der Wahlfeststellungssituation überhaupt eine sinnvolle Entscheidung darüber treffen kann, *ob* der staatliche Strafanspruch entstanden ist oder – mit anderen Worten – *ob* der Angeklagte sich überhaupt schuldig gemacht hat. Zum anderen wird zu diskutieren sein, ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen die Feststellung, dass sich der Angeklagte jedenfalls strafbar gemacht hat, für einen Schuldspruch genügt oder ob sich das Strafgericht bei seiner Entscheidung auf eine bestimmte Strafbarkeit festlegen muss.

1. Möglichkeit einer Entscheidung über das „Ob“ der Strafbarkeit

Die Grundsätze der echten Wahlfeststellung erlauben, die strikte Beachtung ihrer Voraussetzungen unterstellt, eine Entscheidung über das „Ob“ der Strafbarkeit. Es muss zur Überzeugung des Gerichts feststehen, dass sich das Geschehen innerhalb der Sachverhaltsalternativen und nicht auf ganz andere Weise ereignet hat⁷⁷. Strafblose Sachverhaltsvarianten müssen zur Überzeugung des Gerichts ausscheiden⁷⁸. Es ist ferner auszuschließen, dass für eine Sachverhaltsvariante ein Verfahrenshindernis eingreift⁷⁹. Mit den Worten *Jakobs'* führen bei der Gesetzesalternativen Verurteilung „Wahrscheinlichkeiten auf Grund ihrer Alternativität zur Gewißheit“⁸⁰. Insofern kann das Gericht, wenn man ihm diese Fähigkeit zum Ausschluss strafloser Varianten nicht von vornherein absprechen möchte, durchaus über das „Ob“ der Strafbarkeit entscheiden.

Allerdings ist diese Fähigkeit nicht unbestritten. *Kotsoglou* meint, dass der vom Gericht festgestellte Sachverhalt sich beim Wahlfeststellungsklassiker „Diebstahl oder Hehlerei“ darauf beschränke, dass beim Angeklagten Diebesgut gefunden worden sei, dass sich aber nicht klären lasse, ob die subjektiven Tatbestands-

senat); diese Frage offenlassend BGH NStZ-RR 2015, 40, 41 (4. Strafsenat); vgl. auch *Nüse*, GA 1953, 33, 38; *Wolter*, GA 2013, 271, 273; *Schuhr*, NStZ 2014, 437, 438ff.; *Frister*, in: NK (Anm. 1), Nach § 2 Rdn. 83ff.; *Sander*, in: LR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 145; *Stuckenberg*, in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 149; *ders.*, ZIS 2014, 461, 468; *Velten*, in: SK StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 103.

77 BGH NJW 1957, 1643; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 45.

78 *Stuckenberg*, in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 108, 110, jeweils m. w. N.

79 BGHSt. 32, 146, 151; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 45.

80 *Jakobs*, GA 1971, 257, 269; *Ceffinato*, JA 2014, 655, 663.

merkmale (mindestens) eines dieser Delikte erfüllt seien⁸¹. Diese Feststellungen ließen keine strafrechtliche Beurteilung zu. Dass die Rechtsprechung in solchen Fällen gleichwohl gesetzesalternativ wegen Diebstahls oder Hehlerei verurteile, bezeuge „das kollektive Versagen der Rechtsprechung, sich an Gesetz und Recht zu halten“⁸². Denn der bloße Besitz einer bemakelten Sache sei weder ein Sichverschaffen im Sinne des Hehlereitatsbestandes mit Vorsatz hinsichtlich der Vortat, noch eine vorsätzliche Wegnahme in rechtswidriger Zueignungsabsicht⁸³. Entgegen *Kotsoglou* ist damit allerdings noch nicht der Nachweis geführt, dass Strafgerichte zur Feststellung, dass sich der Angeklagte jedenfalls strafbar gemacht hat, außerstande wären. Abgesehen davon, dass *Kotsoglous* Sachverhalts schilderungen stark verkürzt sind, lässt sich schwer von der Konstellation Diebstahl oder Hehlerei allgemein auf das Unvermögen der Strafgerichte schließen, festzustellen, dass sich der Angeklagte jedenfalls strafbar gemacht hat.

Wenn man aber die Voraussetzungen der gesetzesalternativen Verurteilung an die Sachverhaltsfeststellung beim Wort nimmt und für möglich erachtet, dass sie erfüllbar sind, ist gegen wahldeutige Entscheidungen über das „Ob“ der Strafbarkeit aus dem Blickwinkel des Art. 103 Abs. 2 GG nichts zu erinnern, solange die jeweiligen Straftatbestände hinreichend bestimmt sind und das Gericht diese vertretbar auslegt. *Schuhr* macht zutreffend darauf aufmerksam, dass das Institut der gesetzesalternativen Verurteilung, soweit es die Feststellung erlaubt, ob der Angeklagte überhaupt gegen ein strafrechtlich sanktioniertes Verbot verstoßen hat, nicht auf Richterrecht beruht, sondern bloß auf elementarer Aussagenlogik beziehungsweise Normenlogik. Wenn das Verhalten A strafbar sei und das Verhalten B auch, dann sei es strafbar, das Verhalten A oder B an den Tag zu legen. Dann sei es aber auch geboten, Strafe zu verhängen, wenn A begangen worden sei, und es sei geboten, Strafe zu verhängen, wenn B begangen worden sei. Infolgedessen sei es geboten, Strafe zu verhängen, wenn A oder B begangen worden sei⁸⁴. *Schuhr* ist zuzustimmen, soweit es um die Feststellung über das Ob der Strafbarkeit geht, seiner Schlussfolgerung ist allerdings zu widersprechen.

2. Pflicht zur Festlegung auf ein bestimmtes Delikt

Der 2. Strafsenat und Teile der Literatur leiten aus Art. 103 Abs. 2 GG ab, dass das Strafgericht den Angeklagten nur bei einer sicher festgestellten konkreten Straftat

⁸¹ *Kotsoglou*, ZStW 127 (2015), S. 334, 346 f.

⁸² *Kotsoglou*, ZStW 127 (2015), S. 334, 352.

⁸³ *Kotsoglou*, ZStW 127 (2015), S. 334, 350.

⁸⁴ *Schuhr*, NSTZ 2014, 437, 438.

verurteilen dürfe⁸⁵. Auch der Schuldspruch sei Strafe⁸⁶. Die hierin liegende Übelzufigung werde mit der Freiheits- oder Geldstrafe lediglich fühlbar umgesetzt und nachdrücklich verstärkt⁸⁷. Werde etwa ein Angeklagter schuldig gesprochen, obwohl er nur möglicherweise einen Diebstahl begangen habe, lasse sich diese Verurteilung nicht auf § 242 StGB stützen⁸⁸. In einem solchen Fall ermächtige das geltende Recht das Gericht auch nicht dazu, festzustellen, der Angeklagte sei wahrscheinlich des Diebstahls schuldig; vielmehr lasse es dann nur den Freispruch zu. Nicht anders verhalte es sich mit einem alternativ gefassten Schuldspruch⁸⁹.

Richtigerweise ist mit der Gegenauffassung davon auszugehen, dass Art. 103 Abs. 2 GG keine Aussage dazu trifft, ob eine Verurteilung eindeutig sein muss⁹⁰. Ein Schuldspruch ist keine „Strafe“ im Sinne dieses Grundrechts. Das Gesetz führt in den §§ 38 ff. StGB den Schuldspruch nicht auf, sondern kennt in § 60 StGB umgekehrt ein „Absehen von Strafe“, obwohl ein Schuldspruch ergeht. Auch Strafnormen ordnen als Rechtsfolge „wird mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft“ an und nicht „wird dessen schuldig gesprochen und ...“. Als Voraussetzung der Strafe kann der Schuldspruch nicht selber Strafe sein. Andernfalls müsste die Grundform eines Strafgesetzes sich auf den Schuldspruch beschränken und nur zusätzlich die Strafformen der §§ 38 ff. StGB androhen⁹¹.

Allerdings ist der Gegenauffassung zuzugeben, dass der Schuldspruch – entgegen *Stuckenberg*, demzufolge ein Schuldspruch nur „zartbesaitete Naturen, insonderheit empfindsame Professorenseelen“⁹² tief erschüttern möge – ein eigenständiger Eingriff in die Rechtssphäre des Verurteilten darstellt⁹³. Auch der Schuldspruch kann – übrigens losgelöst vom Entscheidungsergebnis – in

⁸⁵ *Freund*, Festschrift für Wolter, S. 35, 53; *Freund/Rostalski*, JZ 2015, 164, 166; *Kotsoglou*, ZStW 127 (2015), S. 334, 343; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 9.

⁸⁶ *Freund/Rostalski*, JZ 2015, 164, 165; *dies.*, JZ 2015, 716 m. w. N.; *Haas*, HRRS 2016, 190, 192.

⁸⁷ *Freund/Rostalski*, JZ 2015, 716, 717.

⁸⁸ *Freund/Rostalski*, JZ 2015, 716, 717.

⁸⁹ *Freund/Rostalski*, JZ 2015, 716, 717 f.

⁹⁰ Vgl. BGH NStZ-RR 2015, 39 (3. Strafsenat); *Günther*, Tatsachenzweifel (Anm. 16), S. 168 m. w. N.; *Frister*, in: NK (Anm. 1), nach § 2 Rdn. 77; *Velten*, in: SK StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 103; *Wolter*, in: SK StGB (Anm. 3), Anh. Zu § 55 Rdn. 5 a f.; vgl. auch *Lackner/Kühl* (Anm. 15), § 1 Rdn. 9; siehe auch *Stuckenberg*, in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 149; *ders.*, JA 2001, 220, 222, der allerdings mit Blick auf die Strafzwecke die Grenze zulässiger Wahlfeststellungen dort sieht, wo nur noch feststeht, dass der Angeklagte „irgendwie“ Schuld auf sich geladen hat, er somit wegen eines „Generaldelikts des Rechtsbruchs“ bestraft wird.

⁹¹ *Stuckenberg*, JZ 2015, 714 f.

⁹² *Stuckenberg*, JZ 2015, 714, 715.

⁹³ *Haas*, HRRS 2016, 190, 193.

Grundrechte des Verurteilten eingreifen⁹⁴. Hieraus ergibt sich freilich nicht zwingend, dass der Schuldspruch am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen wäre.

a) Schuldprinzip

Einige Autoren erachten die gerichtliche Festlegung auf einen bestimmten Tatvorwurf aus Strafzumessungsgründen für unverzichtbar. Der bloße Umstand, dass sich jemand überhaupt strafbar gemacht habe, gebe keinen „Freibrief für alle erdenklichen Strafzumessungserwägungen“. Keine Strafe sei neutral in dem Sinne, dass etwa ein Dieb und ein Betrüger, auch wenn beide zu einer einjährigen Freiheitsstrafe verurteilt seien, die „gleiche“ Strafe verbüßten. Denn das abstrakt gleiche Strafquantum habe mit Blick auf die Funktion der Strafe, auf die jeweils begangene Tat angemessen missbilligend zu reagieren, auch eine jeweils unterschiedliche Bedeutung⁹⁵. Als Grundlage der Strafzumessung könne die Schuld des Angeklagten nach § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB – und dementsprechend dessen Strafbarkeit – im Schuldspruch nicht offen gelassen werden. Da sich das Tatmotiv bei unklarer Tatsachengrundlage regelmäßig nicht ermitteln lasse, dieses aber gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB einen maßgeblichen Strafzumessungsaspekt darstelle, und Art. 103 Abs. 2 GG auch die Gesetzlichkeit der Rechtsfolgende einer Strafnorm garantiere, verstoße die gesetzessalternative Verurteilung auch insoweit gegen das Grundgesetz⁹⁶.

Der Sache nach geht es diesen Autoren allerdings nicht um Art. 103 Abs. 2 GG, sondern um das Schuldprinzip⁹⁷. Die Verwirklichung des Schuldprinzips⁹⁸, auf dem das Strafrecht fußt⁹⁹, ist das zentrale Anliegen des Strafprozes-

⁹⁴ Vgl. BVerfGE 6, 7, 9; 12, 296, 302; 28, 151, 160 ff.

⁹⁵ Freund, Festschrift für Wolter, S. 35, 41.

⁹⁶ BGH StV 2016, 212, 217; Wagner, ZJS 2014, 436, 442.

⁹⁷ Der Begriff „Schuldprinzip“ wird zwar von Teilen der Literatur als zu schwach bezeichnet, weil es um mehr als ein bloßes Prinzip gehe (vgl. die Nachweise bei Hömle, Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 325 Fn. 1), er wird hier allerdings dennoch verwendet, weil er gängig ist.

⁹⁸ Das BVerfG leitet den Grundsatz aus der verfassungsrechtlichen Garantie der Würde des Menschen als eigenverantwortlich handelnder Person (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG) sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip her, vgl. BVerfGE 133, 168, 197 m.w.N. Es hat das Schuldprinzip zudem im „Lissabon“-Urteil dem Bereich der unverfügbaren Verfassungsidentität der Bundesrepublik (vgl. Art. 79 Abs. 3 GG), die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist, zugeordnet, vgl. BVerfGE 123, 267, 413.

⁹⁹ Vgl. BVerfGE 123, 267, 413. Das Schrifttum erachtet das „verfassungsrechtlich abgesicherte Schuldstrafrecht“ gar für „unverzichtbar“, vgl. Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 523.

ses¹⁰⁰. Das Bundesverfassungsgericht leitet aus der Rechtsstaatsidee ein Verfassungspostulat materieller Gerechtigkeit ab¹⁰¹, weswegen Strafgerichte zu schuldangemessenem Strafen angehalten sind¹⁰². Jede Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen¹⁰³ und hat insofern die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein¹⁰⁴.

aa) Untersuchungsgrundsatz

Verfahrensrechtlich ist der Schuldgrundsatz durch den Untersuchungsgrundsatz abgesichert. Der in § 244 Abs. 2 StPO niedergelegte Untersuchungsgrundsatz hält das Gericht zur optimalen Stoffsammlung im Rahmen des Möglichen und Zulässigen an. In verfassungsrechtlicher Hinsicht hat das Bundesverfassungsgericht aus der Aufgabe des Strafprozesses, die Verwirklichung des Schuldprinzips zu sichern, abgeleitet, dass das Schuldprinzip auch die Ermittlung des wahren Sachverhalts und entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen zwingend voraussetzt¹⁰⁵. Es entspricht der Rechtsprechung der Fachgerichte, dass es sich mit der Subjektqualität eines jeden Beschuldigten nicht vertrüge, eine bestimmte Person wegen irgendeiner Tat oder irgendeine Person wegen einer bestimmten Tat zu verurteilen, nur weil die Allgemeinheit als Reaktion auf eine aufsehen-erregende Tat danach verlangt¹⁰⁶. Da eine wahldeutige Verurteilung allerdings ausscheidet, wenn das Gericht nicht sämtliche Aufklärungsmöglichkeiten in gebotenem Umfang ausgeschöpft hat¹⁰⁷, erscheint ein Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz zunächst fernliegend.

Allerdings könnte das Fehlen gesetzlicher Maßstäbe für die gesetzessalternative Verurteilung gegen den Untersuchungsgrundsatz verstoßen, weil bei gesetzess-

100 BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; 118, 212, 231; 122, 248, 270; 130, 1, 26; 133, 168, 199; BGHSt. 1, 94, 96; 10, 116, 118; 23, 176, 187; *Heger*, Strafprozessrecht (Anm. 4), Rdn. 17; *Krehl*, in: Karlsruher Kommentar StPO, 7. Aufl. 2013, § 244 Rdn. 28; *Kühne*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. I, 26. Aufl. 2006, Einl. H Rdn. 23; *Becker*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. VI/1, 26. Aufl. 2010, § 244 Rdn. 39; *Schünemann*, Festschrift für Fezer, 2008, S. 555, 558 f., leitet das Gebot der materiellen Wahrheitsforschung dagegen aus dem Rechtsgüterschutzprinzip ab.

101 Vgl. BVerfGE 7, 89, 92; 7, 194, 196; 45, 187, 246; 74, 129, 152; 122, 248, 272; 133, 168, 198.

102 BVerfGE 27, 18, 29; 54, 100, 108; 86, 288, 312 f.; 90, 145, 173; 95, 96, 140; 105, 135, 154.

103 Vgl. BVerfGE 133, 168, 198 m. w. N.

104 Vgl. BVerfGE 45, 187, 253 f.; 109, 133, 173; 120, 224, 253 f.; 133, 168, 198.

105 Ausführlich BVerfGE 133, 168, 199.

106 BGH NSTZ-RR 2015, 39, 40 (3. Strafsenat); vgl. auch BGH NSTZ-RR 2014, 307, 308 (5. Strafsenat).

107 Vgl. *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh. zu § 1 Rdn. 44 m. w. N.; *Lackner/Kühl* (Anm. 15), § 1 Rdn. 11.

alternativen Verurteilungen ein erhöhtes Fehlerrisiko besteht¹⁰⁸. Diese verglichen mit eindeutigen Verurteilungen erhöhte Fehleranfälligkeit haben schon die Vereinigten Strafsenate am Reichsgericht in ihrer grundlegenden Entscheidung zur Zulässigkeit der gesetzesalternativen Verurteilung erkannt:

„Würden ‚wahldeutige Feststellungen‘ [...] schrankenlos zugelassen, so würde das Gewicht der geistigen Arbeit, die der Richter zu leisten hat, um das Bild des von der Klage erfaßten Lebensvorgangs in sich zu gestalten, von der Bejahung in die Verneinung übergehen. Für die Verurteilung wäre nicht mehr zu erfordern, daß der Richter aus dem, was vor ihm vorgetragen worden ist, den Schluß auf einen gewissen Hergang der Tat bejahend zieht, um dann in die rechtliche Würdigung einzutreten. Vielmehr wäre die Verurteilung auch zulässig, wenn der Richter angesichts mehrerer in seiner Vorstellung begründeter tatsächlicher Möglichkeiten, die er alle als strafbar ansieht, verneinend folgert, daß mit keiner anderen Möglichkeit zu rechnen sei. Eine solche verneinende Möglichkeit ist jedoch einer Täuschung, einem Übersehen, noch weit mehr ausgesetzt als das bejahende Fürwahrhalten eines Geschehens, das in allen rechtlich wesentlichen Zügen erkannt wird [...]. Bleibt [...] der Richter in der Bemühung um Erforschung der Wahrheit so weit zurück, daß er keinen bestimmten, tatbestandsmäßigen Vorgang zu erkennen vermag, sondern in seinen Gedanken nur eine Mehrheit von Gestaltungen vorfindet, die insgesamt die undeutlichen Erscheinungsformen bloßer Möglichkeiten zeigen, so rückt die Gefahr eines Irrtums bedenklich nahe. Sie erhebt sich um so drohender, je größer die Zahl der sich wahlweise anbietenden Möglichkeiten und je vielfältiger ihre Art ist. In seiner solchen Unklarheit hat die nach § 261 StPO zu erfordern- de Überzeugung keinen zuverlässigen Boden.“¹⁰⁹

Vor dem Hintergrund der erhöhten Fehleranfälligkeit stellt die Rechtsprechung erhöhte Anforderungen an die Urteilsbegründung von gesetzesalternativen Verurteilungen. In den Urteilsgründen muss das Gericht zu erkennen geben, dass und warum es auch unter Ausschöpfung aller Beweismittel keine eindeutigen Sachverhaltsfeststellungen treffen konnte¹¹⁰ und es zu seiner Überzeugung feststeht, dass nur einer der aufgezeigten exklusiv alternativen Sachverhalte in Betracht kommt¹¹¹. Da die Gefahr eines Fehlurteils mit der Divergenz und Zahl der denkbaren Geschehensabläufe wächst, sind an die Darstellung aller strafbaren

108 Vgl. *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461, 471; *Velten*, in: SK StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 105. Zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage in Fällen eines erhöhten Fehlurteilsrisikos siehe *Velten*, Festschrift für Grünwald, 1999, S. 753, 758 f.; vgl. auch *Miebach*, in: Münchener Kommentar, StPO, § 261 Rdn. 384.

109 RGSt. 68, 257, 260 f.

110 OLG Hamburg NJW 1955, 920; *Stuckenberg*, in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 154; *Sander*, in: LR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 170.

111 OLG Celle VRS 40 (1971), S. 16; *Sander*, in: LR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 170.

Geschehensabläufe und an die Ausführungen zum Ausschluss jeder anderen Möglichkeit strenge Anforderungen zu stellen¹¹².

In diesem Zusammenhang kommt es entscheidend darauf an, die Fehleranfälligkeit wahldeutiger Entscheidungen auf ein Minimum zu reduzieren. Soweit in der Rechtsprechung vereinzelt vertreten wird, es sei in Bagatellfällen im Hinblick auf die Möglichkeit einer Wahlfeststellung angängig, die weitere Tatsachenaufklärung zu unterlassen¹¹³, muss dies aufhorchen lassen, weil die echte Wahlfeststellung ohnehin, insbesondere aber unter dieser Prämisse, als Mittel zur Ressourcenschonung im Ermittlungsverfahren missbraucht werden kann. Die Staatsanwaltschaft kann sich, wenn sie sich auf die echte Wahlfeststellung stützt und nachvollziehbar begründet, warum lückenhafte Ermittlungsergebnisse für eine wahldeutige Verurteilung ausreichen und weitergehende Ermittlungen dem Fallumfang nicht mehr angemessen sind, Ermittlungsaufwand sparen, obwohl eindeutige Feststellungen nicht ausgeschlossen wären. Insofern ist zu bedenken, dass die gerichtliche Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit nicht der Disposition des Gesetzgebers unterliegt. Zwar gibt der Untersuchungsgrundsatz als solcher dem Gesetzgeber nicht vor, auf welchem Wege und mit welchen Mitteln das Schuldprinzip zu verwirklichen ist; Beschränkungen der Wahrheitsermittlungspflicht unterliegen allerdings – die Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze vorausgesetzt – der Prärogative des Gesetzgebers und nicht der dritten Gewalt¹¹⁴. Jedenfalls für wahldeutige Verurteilungen unter Verzicht auf weitergehende Ermittlungen in Bagatellfällen gibt das geschriebene Recht nichts her, so dass zumindest insoweit der Untersuchungsgrundsatz verletzt ist.

bb) Schuldangemessenheit

Eine andere Frage ist, ob bei einer Gesetzesalternativen Verurteilung schuldangemessen bestraft werden kann. Bei Gesetzesalternativität soll das Gericht zur Bestimmung der Rechtsfolgen in einem ersten Schritt für jede Sachverhaltsalternative die angemessene Strafe zu ermitteln haben, um diese sodann miteinander zu vergleichen. Es ist die mildeste Strafe zu verhängen¹¹⁵.

112 BGHSt. 12, 389; 16, 184; BGH NJW 1983, 405; NStZ 1986, 373; JR 1981, 304; *Wolter*, GA 2013, 271, 279; *Sander*, in: LR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 170.

113 OLG Zweibrücken NJW 1966, 1828 f.

114 BVerfGE 133, 168, 226 f.

115 RGSt. 68, 257, 263; 71, 43; BGHSt. 13, 70, 72; 25, 182, 186; *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461, 470; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 107; *Frister*, in: NK (Anm. 1), Nachbemerken zu § 2 Rdn. 73; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 91, 160 m. w. N.; *Schmitz*, in: MK

Der schlanke Hinweis, die gesetzalternative Verurteilung komme dem Angeklagten insofern zugute, weil die nach der konkreten Lage des Falles mildeste Strafe zu verhängen sein soll¹¹⁶, beziehungsweise die Strafbarkeit des Angeklagten ja an sich feststehe, weshalb ein Freispruch – wie der 5. Strafsenat meint – weniger schuldangemessen wäre als die konkret mildeste Strafe¹¹⁷, überzeugt nicht. Denn das Gerechtigkeitsgebot ist, wie die Gegenauffassung übersieht, auch dann verletzt, wenn der Angeklagte zu einer das Schuldangemessene unterschreitenden Strafe verurteilt wird. Eine schuldunangemessen harte Strafe wird vom Verurteilten als ungerecht empfunden werden, eine schuldunangemessen milde Strafe vom Opfer und der Gemeinschaft. Dementsprechend geht auch das Bundesverfassungsgericht von einer Janusköpfigkeit des Schuldprinzips aus. Dieses ist nicht bloß Abwehrrecht, es ist auch Gerechtigkeitspostulat im Sinne eines überindividuellen Grundsatzes¹¹⁸. Die Janusköpfigkeit deutete das Bundesverfassungsgericht zunächst nur an, indem es vom „Schuldgrundsatz in seinen die Strafe begrenzenden Auswirkungen“¹¹⁹ sprach, womit ja zum Ausdruck gebracht wird, dass es neben diesen begrenzenden Auswirkungen auch andere – eben begründende – Auswirkungen geben muss. Die Vorstellung, dass dem Schuldprinzip auch ein Unterschreiten des Maßes des Schuldangemessenen entgegensteht, hat das Bundesverfassungsgericht dann spätestens im „Verständigungsgesetz“-Urteil in aller Klarheit deutlich gemacht, indem es aus dem Schuldprinzip ein Verbot für die dritte Gewalt herleitete, straferschwerende Sonderstrafrahmen zu unterschreiten¹²⁰.

Den sich hieraus ergebenden Anforderungen an die Strafzumessung wird die Verhängung der konkret mildesten Strafe im Fall der echten Wahlfeststellung

StGB (Anm. 1), Anhang zu § 1 Rdn. 58. Da es sich bei der Heranziehung des milderen Gesetzes ohnehin um eine Fiktion handele, sollen auch Milderungsmöglichkeiten, die an sich nur der strengere Tatbestand vorsehe, berücksichtigt werden (BGHSt. 13, 70, 72; *Wolter*, Alternative (Anm. 57), S. 40; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 107; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh. zu § 1 Rdn. 52). Bei zwei sich widersprechenden Aussagen ist etwa mit Rücksicht auf § 158 StGB zugunsten des Angeklagten davon auszugehen, dass die zweite Aussage die erste berichtigt hat (BayObLG JZ 1976, 167; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh. zu § 1 Rdn. 160).

116 Vgl. *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461, 471.

117 Vgl. BGH NStZ-RR 2014, 307 f.; vgl. auch *Schmitz*, in: MK StGB (Anm. 1), Anhang zu § 1 Rdn. 13; *Wolter*, GA 2013, 271, 277.

118 Vgl. BVerfGE 20, 323, 331; 95, 96, 140; 110, 1, 13; vgl. auch *Radtke*, GA 2011, 636, 640; *Stamp*, Die Wahrheit im Strafverfahren, 1998, S. 21 m. w. N. Eingehend zur Janusköpfigkeit *Pohlreich*, Das rechtliche Gehör im Strafverfahren, 2016, S. 75 ff.

119 BVerfGE 73, 206, 253 m. w. N.; 86, 288, 313; 95, 96, 140.

120 Vgl. BVerfGE 133, 168, 230; vgl. aber auch schon dahingehende Andeutungen in BVerfGE 3, 248, 254; 65, 377, 380.

nicht gerecht. Anders als in den Fällen der Prä- und Postpendenz sowie den Stufenverhältnissen sind bei der echten Wahlfeststellung alle Sachverhaltsvarianten normativ gesehen gleich wahrscheinlich – oder umgekehrt gleich zweifelhaft. Deshalb lässt sich nicht sagen, dass die Verhängung der konkret mildesten Strafe dem Schuldprinzip gerecht wird, soweit es um die andere – also normativ gleich wahrscheinliche – Sachverhaltsvariante geht, die bei der Strafzumessung nicht zum Zuge kam.

Das Argument, ein Freispruch sei in Wahlfeststellungsfällen weniger schuldangemessen als die Verhängung der konkret mildesten Strafe, überzeugt aber auch deshalb nicht, weil das Strafgericht den Angeklagten nicht voraussetzungslos gesetzessalternativ verurteilen darf.

Die unbegrenzte Zulassung der echten Wahlfeststellung wird aktuell kaum noch vertreten¹²¹. *Dreher* votierte dafür, den Angeklagten in der Wahlfeststellungssituation unter Anwendung des Zweifelssatzes ohne weitere Einschränkung eindeutig wegen der leichteren Tat zu verurteilen. Der Grundsatz könne innerhalb eines Geschehens ohnehin nur einmal angewandt werden – und zwar nur zugunsten der Annahme der leichteren Tat, nicht umgekehrt¹²². Ähnlich argumentierte auch der 5. Strafsenat im Divergenzvorlageverfahren¹²³. Diese Auffassung betrachtet allerdings die zur Entscheidung stehenden Sachverhaltsmöglichkeiten als Ganzes und kann nur deshalb dahin argumentieren, dass die Bestrafung aus dem mildesten Gesetz eine Lösung ist, die den gerichtlichen Zweifel zugunsten des Angeklagten löst. Wahlfeststellungssituationen sind aber gerade nicht immer einheitliche Geschehensabläufe. Diebstahl und Hehlerei sind meist zwei prozesuale Taten, weil das alleinige Abstellen auf das Tatobjekt unter Umständen sehr weit auseinanderliegende Geschehnisse willkürlich zu einer Einheit verklammern würde. Das Gericht müsste also, gäbe es die Grundsätze der echten Wahlfeststellung nicht, für jede Tat zugunsten des Angeklagten davon ausgehen, dass nur die andere Tat vorliegt. Daher ist der von *Dreher* vorgeschlagene Weg nicht gangbar.

Einer Eingrenzung der echten Wahlfeststellung bedarf es, weil hierauf gestützte Verurteilungen den Angeklagten mit einem ungerechtfertigten Makel behaften können, soweit es um den tatsächlich unzutreffenden Sachverhalt

¹²¹ Vgl. *Zeiler*, ZStW 64 (1952), S. 156, 188; *ders.*, ZStW 72 (1960), S. 4, 20; *Nüse*, GA 1953, 33, 39 ff.; *ders.*, GA 1954, 24; *von Hippel*, NJW 1963, 1533, 1534 f.; der Sache nach auch *Dreher*, MDR 1970, 369, 371. In jüngerer Zeit wird die unbegrenzte Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung wohl nur von *Schuhr*, NStZ 2014, 437, 438 f., vertreten.

¹²² *Dreher*, MDR 1970, 369, 371.

¹²³ BGH NStZ-RR 2014, 307, 308.

geht¹²⁴. Anders als bei der unechten Wahlfeststellung, bei der der Angeklagte jedenfalls mit einem zutreffenden Tadel versehen wird, beinhaltet jede echte Wahlfeststellung notwendigerweise einen unverdienten Vorwurf¹²⁵. Damit der Verurteilte, so *Schaffstein*, durch die Wahlfeststellung auch im Hinblick auf die diffamierende Wirkung des Urteilsspruchs nicht schlechter als bei eindeutiger Tatsachenfeststellung gestellt werde, sei die echte Wahlfeststellung auf einander nahestehende Delikte zu begrenzen und sei der Angeklagte bei fehlender Nähe freizusprechen. Wenn das allgemeine Rechtsempfinden in der rechtsethischen Bewertung der Taten keinen Unterschied mache, könne es dem Verurteilten gleichgültig sein, ob die Urteilsformel eines der beiden Delikte eindeutig oder beide wahlweise feststelle, weil ihn in beiden Fällen der gleiche Makel treffe¹²⁶. Wenn aber der Angeklagte, der entweder einen Betrug oder einen versuchten Schwangerschaftsabbruch begangen hat, mangels rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit der Taten freigesprochen wird und demgegenüber der Angeklagte, der entweder Diebstahl oder Hehlerei begangen hat, verurteilt wird, ist das zumindest rechtfertigungsbedürftig, weil das Rechtsstaatsprinzip den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate einschließt¹²⁷. Insofern kommt es darauf an, ob die Rechtsprechung mit dem Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit rechtsgleiches Strafen im Bereich der gesetzessalternativen Verurteilung gewährleisten kann. Dies ist, wie noch zu zeigen sein wird, nicht der Fall. Dass auch die Vorschläge der Literatur, das Näheverhältnis anhand der Unrechtskernidentität der Straftaten zu bestimmen, gescheitert sind¹²⁸, zeigt, dass die erforderliche Klarheit mangels gesetzlicher Maßstäbe nicht gefunden werden kann. Insofern verstößt die echte Wahlfeststellung gegen das Schuldprinzip unter dem Gesichtspunkt der Pflicht zu schuldangemessenem Strafen.

(1) Rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit

Die Rechtsprechung beurteilt das Näheverhältnis anhand der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Straftatbestände. Rechtsethisch vergleichbar sollen Straftatbestände sein, wenn bei Berücksichtigung aller Umstän-

¹²⁴ BGHSt. 2, 351, 352; 9, 390, 393; 21, 152, 154; *Günther*, Tatsachenzweifel (Anm. 16), S. 112ff., 185f. m. w. N.; *Otto*, Festschrift für Peters, S. 373, 387 unter Hinweis auf *Schaffstein*, NJW 1952, 725, 726.

¹²⁵ *Otto*, Festschrift für Peters, S. 373, 389.

¹²⁶ *Schaffstein*, NJW 1952, 725, 726.

¹²⁷ Vgl. BVerfGE 84, 90, 121; 133, 168, 198.

¹²⁸ So auch *Schmitz*, in: MK StGB (Anm. 1), Anhang zu § 1 Rdn. 54f.

de, die den Unrechtscharakter der Straftatbestände ausmachen, den möglichen Taten im Rechtsempfinden der Allgemeinheit eine ähnliche sittliche Bewertung zuteil wird. Sie sind psychologisch vergleichbar, wenn die seelische Beziehung des Täters zu den alternativ in Frage kommenden Verhaltensweisen zumindest einigermaßen gleichartig ist¹²⁹. Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit sind etwa der Strafraum und das geschützte Rechtsgut¹³⁰. Mindestvoraussetzung sei, dass die verletzten Rechtsgüter einander zumindest ähnelten¹³¹, wie zum Beispiel Eigentum und Vermögen bei Betrug und Hehlerei¹³². Dass es sich bei einem Tatbestand um ein Verbrechen, bei dem anderen dagegen um ein bloßes Vergehen handle, soll nach der Rechtsprechung der rechtsethischen Vergleichbarkeit nicht entgegenstehen¹³³. Ebensowenig soll es der rechtsethischen Vergleichbarkeit schaden, dass eine der alternativ in Betracht kommenden Straftaten einen Qualifikationstatbestand erfülle, sofern für die andere Straftat eine solche Begehungsweise gleichermaßen festgestellt werde und diese zumindest im Rahmen der Strafzumessung strafschärfend zu berücksichtigen sei. Straferschwerende Umstände müssten also nicht bei beiden Straftatbeständen im Gesetz als straherhöhende Merkmale normiert sein¹³⁴.

Zuweilen wird die Gleichwertigkeit dadurch bejaht, dass ein Straftatbestand auf einen anderen zurückgeführt wird. Zwar muss eine wahldeutige Verurteilung wegen Raubes oder Hehlerei mangels rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit der Tatbestände ausscheiden. Da aber im Raub der Diebstahl enthalten ist und dieser wiederum mit der Hehlerei rechtsethisch und psychologisch vergleichbar ist, soll der Angeklagte wegen Diebstahls oder Hehlerei zu verurteilen sein¹³⁵. Lässt sich aber selbst durch eine solche Zurückführung keine Gleichwertigkeit feststellen, soll der Angeklagte freizusprechen sein¹³⁶.

129 BGHSt. 9, 390, 394; 21, 152, 253; BGH NSTZ 1985, 123.

130 BGHSt. 30, 77, 78; OLG Hamm NJW 1982, 192, 193; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 136 f.; *Ott*, in: KK (Anm. 1), § 261 Rdn. 70.

131 BGHSt. 30, 77, 78; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 100.

132 BGH NJW 1974, 804 f.

133 BGH NJW 1974, 805; vgl. auch BGHSt. 11, 26, 28. A. A. *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 101; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 141.

134 BGHSt. 11, 26, 28; BGH NJW 1974, 804, 805; krit. *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 142.

135 Vgl. BGHSt. 25, 182, 185 f.; *Kruse*, Jura 2008, S. 173; *Stuckenberg*, JA 2001, 220, 224; eingehend *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 139; vgl. auch *Ott*, in: KK (Anm. 1), § 261 Rdn. 74; *Sander*, in: LR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 144; krit. *Schulz*, JuS 1974, S. 635; *Tröndle*, JR 1974, 133; *Kruse*, Jura 2008, 173.

136 *Ott*, in: KK (Anm. 1), § 261 Rdn. 73.

Das Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit wurde von der Rechtsprechung bejaht für die Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei in Gestalt des Sicherverschaffens¹³⁷, zwischen schwerem Diebstahl und Unterschlagung¹³⁸, zwischen Hehlerei und Unterschlagung¹³⁹, zwischen Raub und räuberischer Erpressung¹⁴⁰ sowie zwischen Betrug und Untreue¹⁴¹. Verneint hat es die Rechtsprechung für die Wahlfeststellung zwischen dem Vergehen nach § 138 StGB und der strafbaren Beteiligung an der nicht zur Anzeige gebrachten Tat¹⁴², zwischen Mord und versuchter schwerer Körperverletzung¹⁴³, zwischen versuchtem Schwangerschaftsabbruch und Betrug¹⁴⁴ sowie zwischen schwerem Raub und Hehlerei¹⁴⁵. Die Alternativität eines Grunddelikts mit einer Qualifikation oder einem Regelbeispiel soll der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit nicht schaden¹⁴⁶, weswegen gesetzesalternativ verurteilt werden dürfe wegen schweren Diebstahls oder Hehlerei¹⁴⁷ oder etwa wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei¹⁴⁸.

Das Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit geht auf *Kohlrauschs* Kommentierung zu § 2b RStGB zurück. Weil bei der echten Wahlfeststellung ein Gesamtverhalten abgeurteilt werde und nur unwesentliche Unterschiede zwischen den Sachverhaltsmöglichkeiten dahinstehen könnten, laufe die Zulassung der Wahlfeststellung auf die Zulassung einer Persönlichkeitsfeststellung hinaus: Nicht ein Tattyp, sondern ein Tätertyp werde festgestellt und hierauf die Strafe gegründet. Nur so ließen sich Wahlfeststellungen rechtfertigen. In einem Tatstrafrecht sei der Einwand, Wahlfeststellungen führten zu Verdachtstrafen, nicht zu widerlegen¹⁴⁹. Ungeachtet dessen erachtete *Schaffstein* die Integrierung des Vergleichbarkeitskriteriums in ein Tatstrafrecht für möglich, wenn man künftig die in den Tatbeständen geformten Tattypen, namentlich die normativen Gehalte in ihrer sittlichen Bewertung,

137 BGH NStZ 1990, 388 f.

138 BGHSt. 16, 184, 187; 25, 182, 184.

139 BGHSt. 16, 184, 187; 25, 182.

140 BGHSt. 5, 280, 281; 22, 154, 156.

141 BGH GA 1970, 24.

142 BGHR Vor § 1 Wahlfeststellung – Vergleichbarkeit, fehlende 1.

143 BGHR Vor § 1 Wahlfeststellung – Vergleichbarkeit 2.

144 BGH bei *Dallinger* MDR 1958, 738, 739.

145 BGHSt. 21, 152, 153.

146 Krit. *Frister*, in: NK (Anm. 1), Nachbemerkenungen zu § 2 Rdn. 65, der auf die naheliegende Möglichkeit einer alternativen Verurteilung aus den jeweiligen Grundtatbeständen hinweist.

147 BGHSt. 1, 304.

148 BGHSt. 11, 26, 28; OLG Schleswig, Beschl. v. 10. 08. 2006 – 2 Ss 94/06 (87/06) –, juris.

149 *Kohlrausch*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen, 34. Aufl. 1938, § 2 b II 2f.

miteinander vergleiche. Freilich komme dem Merkmal der psychologischen Vergleichbarkeit dann nur noch die Funktion zu, hervorzuheben, dass es bei der Vergleichbarkeit auch auf subjektive Unrechts- und Schuld momente ankomme¹⁵⁰.

Das Vergleichbarkeitskriterium verdient Kritik. Das betrifft zum einen seine Handhabung in bestimmten Fallkonstellationen. So meldet *Dreher* hinsichtlich der rechtsethischen und psychologischen Gleichwertigkeit von Diebstahl und Hehlerei, dem Klassiker der echten Wahlfeststellung, Zweifel an, weil sich der „passiv parasitäre Hehler sehr klar von dem aktiv in fremden Gewahrsam eingreifenden Dieb, vor allem vom Typ des Einbrechers“ unterscheide¹⁵¹.

Das Vergleichbarkeitskriterium verdient aber auch allgemein Kritik, vor allem unter Bestimmtheitsgesichtspunkten¹⁵². Abgesehen davon, dass das Kriterium auf das allgemeine Rechtsempfinden abstellt und insofern keinen festen rechtlichen Prüfungskern aufweist, dürfte die Rechtsprechung damit, dass sie teilweise nicht einmal eine Ähnlichkeit der Straftatbestände verlangt, sondern genügen lässt, wenn die jeweiligen tatbestandlichen Handlungen im konkreten Fall einander hinreichend ähneln, und hiermit etwa die rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit im Fall von Trickdiebstahl und Sachbetrug bejaht hat¹⁵³ – während in den übrigen Fällen eine Vergleichbarkeit des Betrugs mit dem Diebstahl

150 *Schaffstein*, NJW 1952, 725, 726.

151 *Dreher*, MDR 1970, 369; vgl. auch *Schaffstein*, NJW 1952, 725, 726; *Montenbruck*, GA 1988, 531, 533; *Otto*, Festschrift für Peters, S. 373, 390: „Bezogen auf die Gleichartigkeit des Unrechtsvorwurfs ist die Aussagekraft des Spruches [„Der Hehler ist genauso schlimm wie der Stehler“] jedoch nicht weit von der Lebensweisheit: ‚Wer lügt, der stiehlt‘ entfernt, die ihrerseits im Wahrheitsgehalt der Feststellung, ‚an allem Übel in der Welt sind die Radfahrer schuld‘, nahekommt. – Die Formel hat der Rechtsentwicklung mehr geschadet als genützt. Sie sollte ohne Trauer aufgegeben werden.“

152 *Tröndle*, JR 1974, 133; *Günther*, Tatsachenzweifel (Anm. 16), S. 106, 123; *Wolter*, Wahlfeststellung (Anm. 11), S. 110; *ders.*, in: SK StGB (Anm. 3), Anh. zu § 55 Rdn. 36; *Norouzi*, JuS 2008, 113; *von Heintschel-Heinegg*, JA 2014, 710, 711; *Montenbruck*, GA 1988, 531; *Alwart*, GA 1992, 545, 562 ff.; *Ceffinato*, JA 2014, 655, 660; *Frister*, in: NK (Anm. 1), Nachbemerkenungen zu § 2 Rdn. 57 ff.; *Schmitz*, in: MK StGB (Anm. 1), Anhang zu § 1 Rdn. 54 f.; *Velten*, in: SK StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 136; *Wagner*, ZJS 2014, 436, 441; vgl. auch *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461, 470; *Schuh*, NSTZ 2014, 437, 440, der allerdings eine Bestimmtheit unter dem Gesichtspunkt von Art. 103 Abs. 2 GG für entbehrlich hält, weil erstens eine Präzisierung des Kriteriums einem Tatgeneigten bei der Erkennbarkeit des Verbots und der Strafdrohung für ihn nichts brächte – dass sich die Tat schwer voll aufklären lasse und sich daher im Verfahren die Wahlfeststellungsfrage stelle, könne dem Täter vor der Tat nicht bekannt sein – und zweitens das Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit eine sonst möglicherweise grenzenlos zulässige Wahlfeststellung einschränke und für den Beschuldigten insofern vorteilhaft sei.

153 OLG Karlsruhe NJW 1976, 902; vgl. auch *Sander*, in: LR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 143 m. w. N.

verneint wird¹⁵⁴ –, die Unsicherheiten weiter erhöht haben¹⁵⁵. Es gibt auch keinen gesetzlichen Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob es für den Vergleich auf die Grundtatbestände ankommt und ob etwa eine nur bei einer Sachverhaltsalternative einschlägige Qualifikation die Delikte unvergleichbar macht.

Angesichts dieser Unsicherheiten erscheint fraglich, ob man mit diesem Kriterium den Angeklagten vor einem Verurteilungsmakel bewahren kann, den er möglicherweise nicht verdient. Die Rechtsprechung ist bis heute nicht in der Lage gewesen, das Kriterium konsistent zur Anwendung zu bringen; so soll eine Wahlfeststellung zwischen Betrug und Untreue zulässig sein, nicht hingegen zwischen Untreue und Hehlerei¹⁵⁶. Die Rechtsprechung orientiert sich am allgemeinen Rechtsempfinden, und zwar selbst dann, wenn sie für die Vergleichbarkeitsbeurteilung Kriterien wie das geschützte Rechtsgut heranzieht, weil schon die Frage, welche Kriterien bei der Beurteilung eine Rolle spielen, zwingend eine wertende ist¹⁵⁷. So soll bei der Vergleichbarkeitsprüfung nach einer Auffassung an die gesetzlichen Straftatbestände anzuknüpfen sein, was auf einen abstrakten Vergleich hinausläuft, bei dem nicht auf die tatsächlichen Besonderheiten des zu entscheidenden Einzelfalls abzustellen sein soll¹⁵⁸. Nach anderer Auffassung soll es darüber hinaus auch auf die Besonderheiten des Einzelfalls ankommen¹⁵⁹, weil das Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit die Verurteilungswirkung einer wahldeutigen Verurteilung lindern solle und es insofern nur auf die konkrete Begehungsweise bezogen werden könne¹⁶⁰. Diese Unklarheiten sind unvermeidlich, weil das „allgemeine Rechtsempfinden“ kein Bezugspunkt ist, den das zur Entscheidung berufene Gericht befragen könnte, sich Gerechtigkeitsvorstellungen in einer rechtsstaatlich und demokratisch verfassten pluralistischen Gesellschaft schwerlich ohne gesetzlichen Maßstab denken lassen und es für die Vergleichbarkeitsfrage gerade an einem gesetzlichen Maßstab fehlt, der konsensfähige Entscheidungen darüber, welche Tatbestände vergleichbar sind und welche nicht, in greifbare Nähe rückt. Zwar hat die Rechtsprechung es vermeiden können, dass Verurteilungen ein solches Ausmaß erreichen, dass sie letztlich nur noch wegen eines „Generaldelikts des Rechtsbruchs“ erfolgen. Das

154 OLG Karlsruhe Die Justiz 1973, 57; offen gelassen BGH NJW 1974, 804, 805; NStZ 1985, 123.

155 Frister, in: NK (Anm. 1), Nachbemerkenungen zu § 2 Rdn. 63.

156 Dannecker, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 148 mit den entsprechenden Nachweisen aus der Rechtsprechung.

157 Vgl. Dannecker, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 149; vgl. auch den Vorlagebeschluss des 2. Strafsenats in BGH StV 2016, 212, 216 f.

158 Vgl. die Nachweise bei Dannecker, in: LK (Anm. 1), Anh zu § 1 Rdn. 136.

159 OLG Karlsruhe NJW 1976, 902; OLG Saarbrücken NJW 1976, 65; Wolter, Alternative (Anm. 57), S. 107 ff.; 119, 143; Stuckenberg, in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 140.

160 Stuckenberg, in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 140.

genügt aber nicht mit Blick auf den Schuldgrundsatz. Die Rechtsprechung ist bis heute eine Erklärung schuldig geblieben, warum das Vergleichbarkeitskriterium in Fällen der Gesetzesalternativität maßgeblich sein soll bei der Beantwortung der Frage, ob der Angeklagte schuldig oder freizusprechen ist, wovon die Vergleichbarkeit im Einzelnen abhängen soll und inwiefern sich die maßgeblichen Kriterien aus dem Gesetz in einer Weise ergeben, die gerechtes – insbesondere rechtsgleiches – Strafen erlaubt.

(2) Doktrin von der Identität des „Unrechtskerns“

Nach einer in der Literatur – vereinzelt aber auch in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung – vertretenen Auffassung soll es nicht auf die rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit der Delikte, sondern auf eine Identität von deren Unrechtskern ankommen. Die Einzelheiten sind hier umstritten. Einige machen die Identität von der Rechtsgutsidentität beziehungsweise Gattungsgleichheit der betroffenen Rechtsgüter abhängig¹⁶¹, wobei allerdings mangels näherer Maßstäbe nicht ohne weiteres klar ist, ob ein weitergehender Rechtsgüterschutz in einer Vorschrift der Unrechtskernidentität schaden soll oder nicht. So ließe sich nach diesem Maßstab ein Näheverhältnis zwischen Raub und Hehlerei bejahen, obwohl der Raubtatbestand neben dem Eigentum als Teil des Opfervermögens auch die Willensfreiheit des Opfers schützt, dieser weitergehende Schutz den Unrechtsgehalt des Raubes entscheidend mitprägt und insofern Zweifel am Näheverhältnis aufkommen.

Andere vergleichen in einem ersten Schritt die von den Straftatbeständen abstrakt geschützten Rechtsgüter, die jeweilige Angriffsrichtung des Täters, die jeweiligen Strafraumen einschließlich des Deliktscharakters (Verbrechen oder Vergehen) sowie die subjektiven Tatbestandsmerkmale, um in einem zweiten Schritt danach zu fragen, ob die konkreten Erscheinungstypen der jeweiligen Delikte phänomenologisch vergleichbar sind, was nahe liegen soll, wenn zwischen zwei Straftatbeständen rechtliche Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen¹⁶². Ein anderer Vorschlag will die Anwendung der echten Wahlfeststellung von der Rechtsgutsidentität und der Vergleichbarkeit der Tatbestände abhängig machen. Die Tatbestandsvergleichbarkeit sei gegeben, wenn die strafrechtlich sanktionierten Verhaltensnormen in die gleiche Richtung zielen¹⁶³. Wolter hebt

¹⁶¹ OLG Saarbrücken NJW 1976, 65, 67; *Deubner*, JuS 1962, 21, 23; *ders.* NJW 1969, 147; *Dreher*, MDR 1970, 369, 371; *Jakobs*, GA 1971, 257, 271; *Hruschka*, MDR 1967, 265, 267; *ders.*, NJW 1973, 1804, 1805; *Otto*, Festschrift für Peters, S. 373, 390; *Löhr*, JuS 1976, 715, 720.

¹⁶² *Norouzi*, JuS 2008, 113, 114.

¹⁶³ *Ceffinato*, JA 2014, 655, 662.

darauf ab, ob „die wahldeutig festgestellten Straftaten in ihrem (zumindest teilweise) gesetzlich vertypsten (Handlungs- und Erfolgs-)Unrecht sowie in der Tat-schuld konkret rechtsethisch vergleichbar sind“; psychologische Aspekte sollen unerheblich sein¹⁶⁴.

Die drei zuletzt genannten Ansätze beruhen jedoch auf dem inneren Widerspruch, dass sie einerseits bestimmte Entscheidungen des Gesetzgebers über Unrechtstypisierungen, die in casu zum Freispruch führen müssten, ignorieren, andererseits aber – insoweit zwingend zum Scheitern verurteilt – danach fragen, ob das Gesetz selbst Maßstäbe für vorhandene Typisierungen bereithält. So betrachtet können sich diese Ansätze nicht von dem der Rechtsprechung unterscheiden, weil es eben an gesetzlichen Maßstäben fehlt. In unserer Strafrechtsordnung fehlt ein geschlossenes Wertungssystem, dem sich die Vergleichbarkeit von Straftatbeständen verbindlich und insofern konsensfähig entnehmen ließe. Mit den Worten von *Velten*: „Der Sache nach läuft diese Lehre also ebenso wie die Rechtsprechung auf die Ermächtigung an den Exegeten hinaus, nach eigenem Gutdünken die Vergleichbarkeit anzunehmen oder zu verwerfen.“¹⁶⁵

b) Bestimmtheitsgebot

Die Unbestimmtheit des Merkmals der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit und ihre fehlende gesetzliche Regelung verstoßen darüber hinaus gegen Art. 103 Abs. 2 GG, weil die Rechtsprechung die Antwort auf die Frage, ob der Angeklagte freizusprechen ist oder Gesetzesalternativ zu einer Strafe verurteilt werden kann, von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Delikte abhängig macht. Da eine grenzenlose Zulassung der echten Wahlfeststellung ausscheidet, handelt es sich bei dem Vergleichbarkeitsmerkmal entgegen der Auffassung des 3. Strafsenats¹⁶⁶ um ein strafbegründendes und kein die Strafe ausschließendes Merkmal. Es muss daher den sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergebenden Bestimmtheits- und Gesetzlichkeitsanforderungen Genüge tun. Abgesehen davon, dass es an einem gesetzlichen Maßstab für die Bestimmung des Näheverhältnisses fehlt, lässt sich der Bestimmtheitsmangel schwer übersehen, wenn man sich das vergebliche Bemühen von Rechtsprechung und Literatur um eine Präzisierung der Anforderungen an das Näheverhältnis von Straftatbeständen vergegenwärtigt und konzidiert, dass jede richterliche Entscheidung über die

¹⁶⁴ Wolter, Wahlfeststellung (Anm. 11), S. 117 ff., 128; vgl. auch *ders.*, JuS 1984, 606, 609; *ders.*, in: SK StGB (Anm. 3), Anh. zu § 55 Rdn. 42 ff.

¹⁶⁵ *Velten*, in: SK StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 139.

¹⁶⁶ BGH NSTZ-RR 2015, 39, 40.

Artgleichheit von Unrecht ohne gesetzlichen Maßstab zwingend ein Akt der Wertung ist¹⁶⁷.

Wer hiergegen einwendet, eine gesetzliche Normierung der echten Wahlfeststellung würde ihrerseits gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen, weil die gesetzlichen Maßstäbe für den Täter in der Tatsituation nicht erkennbar wären¹⁶⁸, übersieht, dass die Erkennbarkeit nur für die orientierungsgebende Funktion von Art. 103 Abs. 2 GG relevant ist. Hinreichende Verhaltensorientierung vermitteln jedoch bereits die gesetzlichen Tatbestände, aus denen Gesetzesalternativ verurteilt wird. Umgekehrt kann allein deshalb nicht auf das Fehlen eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG geschlossen werden, weil die freiheitsgewährleistende Funktion dieses Grundrechts in Gestalt durch Vermittlung von Verhaltensorientierung nicht alle Grundrechtsfunktionen des Art. 103 Abs. 2 GG abbildet. Vielmehr kommt dem in Art. 103 Abs. 2 GG niedergelegten strikten Gesetzlichkeitsprinzip ein eigenständiger Gehalt zu¹⁶⁹, weswegen es nicht darauf ankommt, ob es einer Normierung der echten Wahlfeststellung zur besseren Orientierung des Bürgers bedarf.

Wenn einige Autoren die richterliche Befugnis zur Gesetzesalternativen Verurteilung mit einer praktischen Konkordanz des Art. 103 Abs. 2 GG mit der Strafgerechtigkeit als Rechtsstaatspostulat begründen¹⁷⁰, übersehen sie, dass die in Art. 103 Abs. 2 GG geforderte formelle Legitimation von Strafe sich nicht durch Berufung auf Gerechtigkeitserwägungen überspielen lässt, weil die in dieser Verfassungsnorm getroffene Wertentscheidung gerade als materiell gerecht empfundenen Bestrafungen Grenzen setzen soll¹⁷¹. Sie ist abwägungsfest¹⁷². Die vom 1. Strafsenat im Divergenzvorlageverfahren geäußerte Annahme, der Bundes-

167 Zwar ließe sich die Maßstabslosigkeit de lege ferenda durch gesetzliche Vorgaben an die Feststellung des Näheverhältnisses beheben. Allerdings weist *Frister*, in: NK (Anm. 1), Nachbemerken zu § 2 Rdn. 62, zutreffend darauf hin, dass eine abstrakte Normierung im Einzelfall zu unangemessenen Ergebnissen führen kann. Sofern man nicht bereit sei, dies in Kauf zu nehmen, sei eine generelle Konkretisierung des Näheverhältnisses nicht möglich; vielmehr müsse dies von Fall zu Fall beurteilt werden.

168 *Schuhr*, NSTZ 2014, 437 439.

169 Vgl. BVerfGE 47, 109, 120; 73, 206, 234; 75, 329, 341; 78, 374, 382; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig* (Anm. 65), Art. 103 Abs. 2 Rdn. 178 ff.

170 Vgl. *Günther*, Tatsachenzweifel (Anm. 16), S. 166, 184; *Wolter*, Alternative (Anm. 57), S. 4, 7; *Dannecker*, in: LK (Anm. 1), Anh. Zu § 1 Rdn. 18; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 1), § 1 Rdn. 64, 67; *Wessels/Beulke/Satzger*, Allg. Teil (Anm. 17), Rdn. 1127, jeweils m. w. N.

171 *Freund*, Festschrift für *Wolter*, S. 35, 43, 51; *Frister*, StV 2014, 584; *ders.*, in: NK (Anm. 1), Nachbemerken zu § 2 Rdn. 76; *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461, 468; *Wagner*, ZJS 2014, 436, 442; *Velten*, in: SK StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 103; *Gaede*, in: AK StGB (Anm. 7), § 1 Rdn. 51.

172 Vgl. BVerfGE 95, 96, 131; 109, 133, 171 f.

gesetzgeber habe durch Verzicht auf eine Regelung die Klärung der Zulässigkeitsfrage an die Rechtsprechung delegiert und dies gedurft¹⁷³, geht – selbst bei unterstellter Delegationserklärung – fehl, weil, wie der 2. Strafsenat zutreffend eingewandt hat, allein die erste Gewalt zur Bestimmung der Grenzen der Strafbarkeit berechtigt und verpflichtet ist¹⁷⁴. Aus der Anmerkung der Bundesregierung in den Materialien zum Entwurf des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes ergibt sich, so der 2. Strafsenat weiter, nichts anderes, zumal nur ein tatsächlich beschlossenes Gesetz beredter Ausdruck des kollektiven Willens des Parlaments ist und Materialien zum Erlass eines Gesetzesbeschlusses nur insoweit näheren Aufschluss über die gebotene Auslegung einer beschlossenen Norm geben können: „Die auch nur im konkreten Zeit-Zusammenhang nachzuvollziehende Meinungsäußerung eines einzelnen Organs des Staats ist dagegen unerheblich, wenn sie sich nur darauf bezieht, dass ein Gesetzesvorschlag nicht gemacht werden solle.“¹⁷⁵

c) Unschuldsvermutung

Im Divergenzvorlageverfahren beim BGH erachtete der 3. Strafsenat die echte Wahlfeststellung für mit der Unschuldsvermutung vereinbar, weil eine Verurteilung in Fällen der echten Wahlfeststellung erst nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Beweismittel möglich sei und der Tatrichter überzeugt sein müsse, dass in jeder denkbaren Sachverhaltsvariante ein strafbares Verhalten des Angeklagten vorgelegen haben müsse. Die Frage der sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen berühre die Unschuldsvermutung nicht¹⁷⁶.

Dieser Auffassung ist zu widersprechen. Die echte Wahlfeststellung läuft auf Verdachtsstrafen hinaus¹⁷⁷ und verstößt insofern auch gegen die Unschuldsvermutung. Als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips genießt auch die Unschuldsvermutung Verfassungsrang¹⁷⁸. Sie verwehrt es dem Staat, im konkreten Strafverfahren ohne prozessordnungsgemäßen Schuldnachweis Maßnahmen gegen

¹⁷³ BGH NSTZ-RR 2014, 309.

¹⁷⁴ BGH NSTZ 2014, 392, 395; StV 2016, 212, 218.

¹⁷⁵ BGH StV 2016, 212, 218; vgl. auch *Stuckenberg*, ZIS 2014, 461, 468: „bloß eine unbeachtliche irrige Rechtsmeinung“.

¹⁷⁶ BGH NSTZ-RR 2015, 39, 40.

¹⁷⁷ Vgl. etwa *Alwart*, GA 1992, 545, 565; vgl. auch *Gaede*, in: AK StGB (Anm. 7), § 1 Rdn. 51.

¹⁷⁸ Vgl. BVerfGE 74, 358, 371; 133, 168, 202. Zwar ist die Unschuldsvermutung im Grundgesetz nicht ausdrücklich geregelt, sie entspricht aber allgemeiner rechtsstaatlicher Überzeugung und ist durch Art. 6 Abs. 2 EMRK auch in das positive Recht der Bundesrepublik eingeführt worden, vgl. BVerfGE 19, 342, 347; 22, 254, 265; 82, 106, 114; 133, 1, 31.

den Beschuldigten zu verhängen, die in ihrer Wirkung einer Strafe gleichkommen, und ihn verfahrensbezogen als schuldig zu behandeln¹⁷⁹. Die Strafähnlichkeit der Wirkung einer Maßnahme hängt davon ab, ob diese ein sozialetisches Unwerturteil ausdrückt.

Demgegenüber sollen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechtsfolgen ohne Strafcharakter an einen verbleibenden Tatverdacht geknüpft werden dürfen, solange aus der Begründung deutlich hervorgeht, dass das Gericht nur eine Verdachtslage bewertet. Dementsprechend sollen Einstellungsbeschlüsse nach § 153 Abs. 2 StPO nicht gegen die Unschuldsvermutung verstoßen, solange aus der Begründung deutlich hervorgehe, dass es sich nicht um eine gerichtliche Schuldfeststellung oder -zuweisung handele, sondern nur um die Beschreibung und Bewertung einer Verdachtslage. Zwar setzen solche Beschlüsse, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner „Unschuldsvermutungs“-Entscheidung ausführte, das hypothetische Urteil voraus, dass „die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre“, und fordern insofern einen Tatverdacht. Die Einstellung lasse indes die Schuldfrage gerade offen. Der Angeschuldigte werde weder schuldig gesprochen noch in einer dem Freispruch vergleichbaren Weise rehabilitiert. Dem Interesse des Angeschuldigten an einer Ausräumung des Tatverdachts trage § 153 Abs. 2 StPO Rechnung, indem die Einstellung nur mit Zustimmung des Angeschuldigten erfolgen dürfe. Diese Zustimmung enthalte kein Eingeständnis strafrechtlicher Schuld¹⁸⁰.

In seinem Sondervotum zum „Unschuldsvermutungs“-Beschluss kritisierte der damalige Berichterstatter *Mahrenholz* die Entscheidung der Senatsmehrheit zu Recht, weil sich niemand dem Gewicht der mit richterlicher Autorität ausgestatteten Beurteilung, mit hoher Wahrscheinlichkeit sei jemand einer Straftat schuldig, entziehen könne. Wenn das soziale Umfeld des Betroffenen diesen mit einer solchen Entscheidung konfrontiere, bleibe ihm „nur die ohnmächtige Erklärung, im Rechtssinne sei er aber nicht schuldig“¹⁸¹. Die Senatsmehrheit habe die Unschuldsvermutung ihres Sinnes beraubt:

„Sie verpflichtet den Staat, im Strafprozeß die Schuld des Angeklagten zu beweisen. Sie ist Schutz des Unschuldigen bis zur endgültigen Feststellung von Schuld. Bis zu diesem Zeitpunkt ist er ‚ohne Schuld‘, er ist nicht ‚wahrscheinlich schuldig‘ oder ‚höchstwahrscheinlich schuldig‘. Die Unschuldsvermutung verbietet jede Zweideutigkeit neben der verfassungsrechtlich gewährleisteten Alternative ‚unschuldig oder schuldig‘ und ist damit mehr als bloß die prozeßrechtliche Voraussetzung von Urteilsfolgen strafrechtlicher Art.“¹⁸²

179 BVerfGE 19, 342, 347; 35, 311, 320; 74, 358, 371; 84, 82, 87; 133, 1, 31; 133, 168, 202.

180 BVerfGE 82, 106, 118.

181 BVerfGE 82, 122, 123.

182 BVerfGE 82, 122, 124.

So gesehen berührt die gesetzesalternative Verurteilung die Unschuldsvermutung, weil sie ein Strafverfahren mit einer Verdachtsfeststellung beendet. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die gesetzesalternative Verurteilung ein Näheverhältnis der abgeurteilten Delikte voraussetzt, weil dem Angeklagten auch dann noch verschiedene Taten zum Vorwurf gemacht werden¹⁸³. Selbst die alternative Begehung vergleichbarer Taten durch einen bestimmten Täter ist keine Tat und daher als Ansatzpunkt für einen Schuldspruch und für die Strafe in einem Tatstrafrecht ungeeignet¹⁸⁴. Auch mit der Gewissheit, dass der Angeklagte entweder die eine oder die andere Straftat begangen hat, tut das Gericht der Unschuldsvermutung nicht Genüge. Denn das Gericht stellt hierbei nicht nur fest, dass der Angeklagte die eine oder die andere Straftat begangen hat, sondern äußert zugleich zwingend den Verdacht einer nicht begangenen – und möglicherweise schwerwiegenderen – Tat¹⁸⁵. Anders als bei der unechten Wahlfeststellung geht es bei der echten Wahlfeststellung nicht um dasselbe Unrecht. Und anders als im vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall des Einstellungsbeschlusses nach § 153 Abs. 2 StPO, in dem der Gesetzgeber dem Gericht ausdrücklich eine Bewertung der Verdachtslage abverlangt, ist die echte Wahlfeststellung gesetzlich nicht geregelt und hängt auch nicht von der Zustimmung des Angeklagten ab. Zudem läuft sie – auch insoweit entscheidet sich die Konstellation der echten Wahlfeststellung von der Konstellation, die dem „Unschuldsvermutungs“-Beschluss zugrunde lag – auf die Verhängung einer Strafe hinaus. Eine strafgerichtliche Verurteilung, die dem Gericht die Feststellung eines bloßen Verdachts unterhalb der Schwelle der richterlichen Überzeugung erlaubt, sieht die Strafprozessordnung aber gerade nicht vor. Insofern kann der Annahme eines Verstoßes gegen die Unschuldsvermutung auch nicht entgegengehalten werden, dass die Unschuldsvermutung nur bis zum Schuldurteil wirkt, weil dieses Recht das Verfahren selbst schützt und insofern darauf abzielt, dass bei der Beurteilung der Schuld dem Verfahrensausgang nicht vorgegriffen werden darf¹⁸⁶. Denn da die Strafprozessordnung für den Schuldspruch die richterliche Überzeugung voraussetzt, bei der gesetzesalternativen Verurteilung keine richterliche Überzeugung hinsichtlich einer Straftat ohne einen „Reserveverdacht“ hinsichtlich der alternativen Straftat auskommt und zumindest hinsichtlich letzterer ja begrifflich keine richterliche Überzeugung gewonnen worden ist, ist das Verfahren zumin-

183 Freund/Rostalski, JZ 2015, 164, 166.

184 Freund/Rostalski, JZ 2015, 164, 166; vgl. auch Haas, HRRS 2016, 190, 194 f.; a. A. Stuckenberg, JZ 2015, 714, 715.

185 Haas, HRRS 2016, 190, 194.

186 Vgl. hierzu eingehend Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 530 ff.

dest insoweit allenfalls formell abgeschlossen, weil die Frage der richterlichen Überzeugung hinsichtlich der alternativen Straftat ja im Grunde genommen gar nicht beantwortet ist.

Dem Verstoß gegen die Unschuldsvermutung lässt sich auch nicht entgegensetzen, dass der Angeklagte sich nicht doppelt und in sich wechselseitig widersprechender Weise auf den Zweifelssatz berufen dürfe, weil ein derartiges Verbot weder – wie erforderlich – gesetzlich geregelt ist, noch von der höchstrichterlichen Judikatur postuliert wird¹⁸⁷. Das Verbot des *venire contra factum proprium* ist auf den Zweifelssatz nur ausnahmsweise, und zwar in der Konstellation der unechten Wahlfeststellung, anwendbar, weil in dieser Konstellation die jeweilige Anwendung des Zweifelssatzes die Schlussfolgerung erlaubt, dass der Angeklagte dasselbe Unrecht begangen und insofern auch dieselbe Schuld auf sich geladen hat. Damit greift die Unschuldsvermutung aber nicht ein¹⁸⁸.

Nun ließe sich, da die Urteilsformel in Fällen der echten Wahlfeststellung gesetzlich nicht geregelt und dementsprechend in das richterliche Ermessen gestellt ist¹⁸⁹, daran denken, die Urteilsformel entgegen der überwiegenden Auffassung nicht alternativ zu fassen¹⁹⁰, sondern nur das mildeste Gesetz in den Urteilsspruch aufzunehmen¹⁹¹, weil ein so gefasster Urteilstenor entweder die Wahrheit trifft oder milder ist als sie¹⁹². Doch abgesehen davon, dass die alternativ in Rede stehende Straftat ohnehin spätestens in den Urteilsgründen Erwähnung finden muss und dass die Strafdrohungen jedenfalls im Kernbereich der Wahlfeststellung, namentlich der Eigentums- und Vermögensdelikte, unerheblich voneinander abweichen, so dass die im Tenor zu bezeichnende Straftat oftmals vom Zufall abhängt, weil schon die abstrakten Strafandrohungen hier nahe beieinan-

187 Haas, HRRS 2016, 190, 194.

188 Haas, HRRS 2016, 190, 194.

189 BGHSt. 1, 302; 4, 130; ebenso Sander, in: LR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 167; krit. Wolter, in: SK StGB (Anm. 3), Anh. zu § 55 Rdn. 45.

190 BGHSt. 8, 34, 37; 15, 266; 25, 182, 186; Mansdörfer/Timmerbeil, JuS 2001, 1102, 1105; Wolter, Alternative (Anm. 57), S. 137 m.w.N.; ders., in: SK StGB (Anm. 3), Anh. zu § 55 Rdn. 45; Heger, Strafprozessrecht (Anm. 4), Rdn. 183; Dannecker, in: LK (Anm. 1), Anh. zu § 1 Rdn. 158; Frister, in: NK (Anm. 1), Nachbemerken zu § 2 Rdn. 72; Sander, in: LR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 168; Fischer (Anm. 1), § 1 Rdn. 47; Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder (Anm. 1), § 1 Rdn. 106; Schmitz, in: MK StGB (Anm. 1), Anhang zu § 1 Rdn. 56; Miebach, in: MK StPO (Anm. 107), § 261 Rdn. 398; Gaede, in: AK StGB (Anm. 7), § 1 Rdn. 53.

191 BGHSt. 4, 340, 343; Deubner, NJW 1967, 738; Günther, Tatsachenzweifel (Anm. 16), S. 222f.; Schaffstein, NJW 1952, 725, 727; Deubner, JuS 1962, 21, 23; Stuckenberg, in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 154.

192 Stuckenberg, in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 154; vgl. auch von Hippel, NJW 1963, 1533, 1534f.

der liegen¹⁹³, ist zu beachten, dass das Abstellen auf das mildere Gesetz mitunter nicht die Wahrheit treffen wird und insofern hinter dem Schuldangemessenen zurückbleibt.

IV. Fazit

Mit Blick auf die Unschuldsvermutung erscheint fraglich, ob der Gesetzgeber dahingehenden Forderungen aus dem Schrifttum¹⁹⁴ Folge gebend ein Modell der echten Wahlfeststellung wird regeln können, das den hieran anzulegenden verfassungsrechtlichen Maßstäben Genüge tut¹⁹⁵. Vorzugswürdig erscheint eine pragmatische Problemlösung. In einem ersten Schritt sind die in besonderem Maße „wahlfeststellungsträchtigen“ Tatbestände des materiellen Strafrechts zu identifizieren und dahingehend zu reformieren, dass die Probleme der Gesetzesalternativität entfallen¹⁹⁶. Freilich bedarf es einer gesetzlichen Reform nur, wenn sich die Probleme der Gesetzesalternativität nicht im Wege alternativer Auslegung der betroffenen Tatbestände im Besonderen Teil in den Griff bekommen lassen.

In seinem Vorlagebeschluss hat der 2. Strafsenat darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber vor allem im Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte, die den Hauptanwendungsbereich der gesetzesalternativen Verurteilung bildeten, eine Reihe von Tatbeständen geschaffen habe, die gerade der von der Rechtsprechung als misslich empfundenen Situation Rechnung tragen sollten, dass eindeutige Feststellungen hinsichtlich eines vorgreiflichen Tatbestandes nicht möglich seien. Dies gelte etwa für die Erweiterung des Unterschlagungstatbestands zu einem weit reichenden Zueignungsgrunddelikt, das nur dann gegenüber einem anderen Tatbestand subsidiär sei, wenn dieser auch zur Überzeugung des Gerichts erfüllt sei. Richterrecht dürfe den gesetzgeberischen Willen nicht dadurch unterlaufen, dass es ohne ausreichende Grundlage im Gesetz eine alternative Verurteilung

193 Dannecker, in: LK (Anm. 1), Anh. zu § 1 Rdn. 158; Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder (Anm. 1), § 1 Rdn. 106; vgl. auch Wolter, in: SK StGB (Anm. 3), Anh. zu § 55 Rdn. 45.

194 Fuchs, NJW 1966, 1110, 1111; Nüse, GA 1953, 33; ders., JR 1958, 66; Zeidler, ZStW 64 (1952), S. 156; siehe auch Endruweit, Wahlfeststellung (Anm. 60), S. 325; Kröpil, JR 2015, 116, 121; Günther, Tatsachenzweifel (Anm. 16), S. 28 f., 166; Wolter, GA 2013, 271; ders., Alternative (Anm. 57), S. 23, 279; ders., in: SK StGB (Anm. 3), Anh. zu § 55 Rdn. 6 m. w. N.; Stuckenberg, in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 151; Gaede, in: AK StGB (Anm. 7), § 1 Rdn. 51.

195 Mit Blick auf die Normierbarkeit des Näheverhältnisses zweifelnd Wagner, ZJS 2014, 436, 442.

196 So auch Stuckenberg, ZIS 2014, 461, 472; ders., in: KMR StPO (Anm. 1), § 261 Rdn. 151; ähnlich Wagner, ZJS 2014, 436, 443.

zulasse, welche die vom Gesetzgeber gerade gewollte Anwendung eines Auffangtatbestands ausschließe¹⁹⁷.

Dieser Ansatz verdient Zustimmung. Der hiergegen denkbare Einwand, bei einem Rückgriff auf Auffangtatbestände würde das begangene Unrecht nicht voll abgebildet¹⁹⁸, verschlägt nicht. Immerhin kann dieser Ansatz für sich beanspruchen, dass der Angeklagte zu einer Strafe verurteilt wird, die er sicher verdient hat, weil die Tat zur Überzeugung des Gerichts feststeht. Im Übrigen vermag auch eine gesetzesalternative Verurteilung nicht durchgängig, das begangene Unrecht voll abzubilden. Das betrifft nicht nur die Fälle, in denen es allein an der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Delikte fehlt und der Angeklagte freizusprechen ist, obwohl dem Grunde nach feststeht, dass er sich strafbar gemacht hat, sondern auch die Fälle, in denen das Strafgericht die an sich fehlende Vergleichbarkeit der Straftaten dadurch herstellt, dass es auf einen milderen Tatbestand zurückgreift (Verurteilung wegen Diebstahls oder Hehlerei bei an sich gegebener Alternativität von Raub und Hehlerei).

In seinem autobiographischen Buch „Meine Mitarbeit“ resümierte *Zeiler* die Erfolgsgeschichte der gesetzesalternativen Verurteilung wie folgt:

„Wenn es auch eine schwere Geburt war und dabei aus dem Schoße des Reichsgerichts nicht ein achtpfündiger Junge zur Welt gekommen ist, sondern ein dreieinhalbpfündiges, engbrüstiges Geschöpfchen, so ist der Junge nachher doch in die Hitlerjugend eingetreten, hat sich dort kräftig entwickelt und ist jetzt ein prächtiger Bengel.“¹⁹⁹

Der „prächtige Bengel“ von damals ist inzwischen ein 82-jähriger Mann. Es ist an der Zeit, ihn in den Ruhestand zu versetzen.

Anmerkung: Dieser Beitrag ist eine geringfügig veränderte und erweiterte Fassung des vom Verfasser am 14. 07. 2016 an der Humboldt-Universität zu Berlin gehaltenen Habilitationsvortrags.

197 BGH StV 2016, 212, 218; vgl. auch *Wagner*, ZJS 2014, 436, 438, der unter Hinweis auf *Frister*, in: NK (Anm. 1), Nachbemerkenungen zu § 2 Rdn. 90, und *Altenhain*, in: Nomos Kommentar, StGB, Bd. III, 4. Aufl. 2013, § 259 Rdn. 86 m. w. N., bei Unklarheiten, ob der Angeklagte das Tatobjekt selbst gestohlen oder sich als Hehler verschafft hat, eindeutig wegen Unterschlagung verurteilen will.

198 Vgl. etwa *Stuckenberg*, JA 2001, 220, 223, der für den Fall der Gesetzesalternativität zwischen Raub und räuberischer Erpressung eine eindeutige Verurteilung wegen Nötigung ablehnt, weil dies das in beiden Sachverhaltsalternativen im Raum stehende Unrecht nicht voll abbildete, weswegen der Angeklagte wegen Raubes oder räuberischer Erpressung gesetzesalternativ zu verurteilen sei. Vgl. auch BGH, Beschl. v. 11. 09. 2014 – 4 ARs 12/14 –, juris (insoweit nur teilweise abgedruckt in NSTZ-RR 2015, 40 f.); *Frister*, StV 2014, 584, 586.

199 *Zeiler*, *Meine Mitarbeit*, 1938, S. 48.